

Asimismo con este tratado, en primer término, también honraré a su memoria y en segundo lugar, sobre el tratado, desarrollaré algunas de las cuestiones vinculadas con dicho principio en relación con la prueba.

## EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia en su vigésima primera edición (Madrid 1992) no recoge el vocablo, pero sí a su sinónimo "razonabilidad".

### PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD, SANA CRÍTICA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Este principio de razonabilidad o racionalidad está inserto en nuestra obra "El principio de razonabilidad y la sana crítica y será un eficaz instrumento en manos de los Magistrados que les permitirá resolver con justicia determinadas situaciones planteadas en el proceso y en los casos concretos la efectiva vigencia de los derechos sustanciales".

**DR. ANGEL LANDONI SOSA**

**SUMARIO.**

**1. Introducción.- 2. El principio de razonabilidad.- 3. La situación de los sujetos procesales en relación con las cargas de la afirmación y de la prueba.** 3.1. La carga de la afirmación y el principio de razonabilidad. 3.2. La carga de la prueba. 3.2.1. Concepto. 3.2.2. La situación de las partes. 3.2.2.1. Las nuevas corrientes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil. 3.2.2.2. ¿Podrán ser admisibles en el derecho uruguayo estas posiciones que flexibilizan la distribución de la carga de la prueba en atención a cuál de los sujetos procesales está en mejores condiciones de aportarla? 3.2.3. La situación del tribunal en la etapa instructoria. - **4. Cómo deben armonizarse los principios que rigen la carga de la prueba y su valoración.** 4.1. Las reglas de la sana crítica. Concepto. 4.2. El principio de razonabilidad como integrante del componente lógico de las reglas de la sana crítica. 4.3. Sana crítica y valoración de la prueba. 4.4. El principio de razonabilidad en la apreciación conjunta de la prueba y en la valoración de sus omisiones o deficiencias. **5. Las pruebas científicas y el principio de razonabilidad. 6. Conclusiones.**

#### 1. INTRODUCCIÓN

El principio de razonabilidad estuvo en el centro de la atención del Profesor Luis Alberto Viera desde siempre, pero aún mucho más intensamente en los últimos años de su vida.

Sus estudios sobre el tema, como es notorio para los juristas uruguayos, quedaron abruptamente interrumpidos con su muerte, circunstancia que lamentamos profundamente, ya que ellos nos hubieran servido de eficaz guía para la adecuada interpretación de diversas normas del C.G.P.

Aspiramos con este trabajo, en primer término, rendirle homenaje a su memoria, y en segundo lugar, sobre el rumbo por él trazado, desarrollar algunas de nuestras inquietudes vinculadas con dicho principio en relación con la prueba.

## **2. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.**

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia en su vigésima primera edición (Madrid 1992) no recoge el vocablo, pero sí a su sinónimo "racionabilidad" al que define como la "Facultad intelectual que juzga de las cosas con razón, discerniendo lo bueno de lo malo y lo verdadero de lo falso".

Este principio de razonabilidad o racionabilidad está inserto, en nuestra opinión, dentro de las denominadas reglas de la sana crítica y será un eficaz instrumento en manos de los Magistrados que les permitirá resolver con justicia determinadas situaciones planteadas en el proceso y lograr en los casos concretos la efectiva vigencia de los derechos sustanciales.

En este trabajo trataremos de mostrar algunas de sus aplicaciones.

## **3. LA SITUACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN RELACIÓN CON LAS CARGAS DE LA AFIRMACIÓN Y DE LA PRUEBA.**

### **3.1. La carga de la afirmación y el principio de razonabilidad.**

ROSEMBERG<sup>1</sup> indicaba que existe la carga de las afirmaciones únicamente en un proceso en que rija el principio dispositivo, en el que es asunto de las partes la presentación de los hechos necesarios para la resolución. Deben hacerse, por cada parte, aquellas afirmaciones concretas que originan los presupuestos abstractos de las normas que le son favorables. Son las mismas afirmaciones, cuya carga de prueba soporta la parte por las mismas causas.

Cada parte soporta la carga de las afirmaciones y de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos de las normas que le son favorables.

La doctrina procesal uruguaya<sup>2</sup> por su parte afirma que el C.G.P. recoge la teoría de la sustanciación y sostiene que la demanda debe contener una

<sup>1</sup> ROSEMBERG, Leo. "Tratado de Derecho Procesal Civil" Tomo II págs. 224-225, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1955.

<sup>2</sup> "Código General del Proceso Comentado, anotado y concordado", obra colectiva dirigida por ENRIQUE VÉSCOVI, Tomo 3, pág. 95 y sgts., editorial Abaco, Montevideo, mayo 1995. TARIGO, Enrique, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, pág. 379, F.C.U., Montevideo, marzo 1994.

relación circunstanciada de los hechos que originaron el derecho que se alega y necesaria para fundamentar el "*petitum*". El objeto de la pretensión y el del proceso estará constituido no sólo por la relación jurídica –como sostenía la teoría de la individualización– sino también, por los fundamentos de hecho y de derecho que determinan la deducción de dicha pretensión y el petitório al juzgador.

Como lo ha señalado acertadamente DEVIS ECHANDÍA<sup>3</sup> la tesis de la substanciación y la exigencia de indicar en la demanda los hechos de donde se pretende deducir el derecho para el éxito del demandante no debe llevarse hasta el extremo de hacer indispensable que todas las circunstancias y todos los detalles del caso aparezcan enunciados. A tales efectos es necesario distinguir los hechos sustanciales de los meramente accesorios o circunstancias para limitar la rigurosa exigencia a los primeros.

En cuanto a la determinación de cuáles hechos son sustanciales y cuáles accesorios o circunstanciales, será cuestión de aplicar en el caso concreto como criterio orientador el principio de razonabilidad. En efecto, si bien se podría tener cierta flexibilidad en determinadas situaciones con hechos cuya accesoriedad es evidente, no se podrá actuar en la misma forma –por lo menos en nuestro derecho (CGP art. 117 No. 4)– ante otras circunstancias, como ocurrirá, por ejemplo, respecto de la dirección o de la velocidad del vehículo que ocasionó el accidente o acerca de su estado de conservación (luces, frenos, dirección, etc.) o en cuanto a la situación del conductor (influencia del alcohol o de las drogas), ya que estos hechos son principales y necesariamente deberán ser alegados como constitutivos del elemento culpa.

Nuestra jurisprudencia, también ha indicado que los hechos a incluir son los fundamentales y no los accesorios, ni los que son superfluos o innecesarios ni las manifestaciones episódicas<sup>4</sup>.

Como señala la doctrina<sup>5</sup>, se trata en conclusión, sin entrar en formalismos estériles, de exigir que el actor indique los fundamentos de su demanda con claridad y precisión, lo que permitirá al demandado, la contestación; al propio demandante, hacer correlativos tales fundamentos con la prueba que se acompaña y al tribunal dictar la sentencia de acuerdo con el principio de congruencia. En todo caso deberán mencionarse los hechos que constituyen

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDÍA, H. "*Nociones generales de Derecho Procesal Civil*". Aguilar, Madrid, 1966, pág. 487.

<sup>4</sup> Ejemplos mencionados en "*Código General del Proceso*", ob. cit. pág. 100.

<sup>5</sup> VÉSCOVI, Enrique. "*Derecho Procesal Civil*", Tomo IV, pág. 76 y en "*Código General del Proceso*", ob. cit., pág. 100.

el supuesto de la norma cuya aplicación se pretende, de modo que las cargas impuestas al actor sean correlativas con las establecidas para el demandado de "pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda" so pena de admisión de esos hechos (art. 130.2).

La claridad y precisión, requerida al actor en la exposición de los hechos, es imprescindible para que el demandado pueda ejercer su correcta defensa y si ello no ocurriese, podrá interponerse la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 133 No. 3 y art. 342.3 inc. 2).

Pero además, ello importa sobremanera para que el juez pueda apreciar adecuadamente la actitud del demandado, quien debe pronunciarse en forma categórica sobre la veracidad de los hechos alegados por el contrario y con el fin de valorar su silencio o sus respuestas evasivas.

Nótese que conforme al art. 130.2 inc. 2 el silencio del demandado, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de los hechos alegados por el actor y de la autenticidad de los documentos acompañados con la demanda.

El Magistrado –de acuerdo con lo previsto en el art. 130.2 inc. 3– sólo podrá apartarse de dicha regla en circunstancias excepcionales, atendiendo a razones debidamente fundadas expuestas para invocar que no se recuerda algún hecho o circunstancia alegada por el actor.

Aquí encontramos otro amplio campo para la aplicación del principio de razonabilidad, ya que, el legislador confía en la utilización racional de dicha norma, por parte del Magistrado, para la determinación de si los supuestos fácticos del caso concreto hacen aplicables las disposiciones del inciso tercero y por ende, quedan enervadas las consecuencias drásticas –admisión de los hechos y autenticidad de los documentos– previstas en el inciso segundo de la norma citada.

### **3.2. La carga de la prueba.**

**3.2.1. Concepto.** DEVIS ECHANDÍA<sup>6</sup> ha indicado, que para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba es indispensable distinguir dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir un *nonliquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de tales hechos;

<sup>6</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial". Editor Victor de Zavala, 5a. edición, 1981, Tomo 1, pág. 424.

2º) Por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

El primer aspecto —señala dicho autor<sup>7</sup>— implica una norma imperativa para el juez quien no puede desatenderla sin incurrir en violación de la ley, pues, inclusive, puede dar origen a una causal de casación; el segundo, significa un principio de autorresponsabilidad de las partes, meramente facultativo, porque si bien le otorga poder para aducir esas pruebas, las deja en libertad para no hacerlo, sometiéndose en este caso a las consecuencias adversas al incumplimiento de la carga.

Destaca el profesor colombiano<sup>8</sup> "... la íntima relación que existe entre la carga de la afirmación y de la prueba: aquélla, pone de relieve la conveniencia en la formulación de los hechos que deben servir de fundamento a las pretensiones o excepciones, puesto que el juez no puede considerar los no afirmados cuando éstos son esenciales; ésta, representa el interés en llevarle al juez los medios para lograr su convencimiento sobre la verdad de tales hechos, a menos que estén exentos de prueba.

Por lo tanto, la primera delimita el campo en que opera la segunda, ya que no hay utilidad ni interés en probar hechos esenciales no afirmados.

Señala además que considera "... incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba" o más exactamente: a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una sentencia favorable basado en él".

**3.2.2. La situación de las partes.** Conforme al art. 137 del C.G.P. corresponde probar los hechos que se invoquen y sean controvertidos. También habrá que probar los hechos, aún admitidos, si se tratase de cuestiones indisponibles.

A quien pretende algo —de acuerdo al art. 139 del C.G.P.— le corresponde probar los hechos constitutivos de su pretensión y quien lo contradiga tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

Corresponde destacar que no requieren ser probados —art. 138 C.G.P.— los hechos notorios, los evidentes y los presumidos por la ley, en este último caso se admite la prueba en contrario.

<sup>7</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., pág. 425.

<sup>8</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., pág. 426.

**3.2.2.1.** *Las nuevas corrientes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil.* Basándose en los principios de veracidad, buena fe, lealtad procesal y solidaridad con el oficio judicial, se ha ido abriendo camino, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, una concepción que apunta –según lo señala PEYRANO<sup>9</sup>– a quitarle rigidez apriorística a todos los clásicos esquemas de distribución de las cargas probatorias y en especial, a aquél conforme al cual al actor le incumbe la prueba de los hechos constitutivos y al demandado la carga de acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos.

Se procura así “despegar” la imposición de las cargas probatorias del tipo de hecho a acreditar y a darle una mayor injerencia a las circunstancias del caso que pueden determinar, por ejemplo, que sea el demandado (y no el actor) quien está en mejores condiciones de producir prueba respecto de su correcta actuación y por ende, sobre su propia falta de culpa en la producción de un ilícito.

MORELLO<sup>10</sup>, en posición coincidente, hace un replanteo solidarista de la carga de la prueba partiendo del deber de las partes de cooperar con el órgano jurisdiccional, sin refugiarse en su mero interés particular.

En el sentido apuntado señala<sup>11</sup> que el principio de solidaridad “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, por ejemplo, casos de simulación o fraude, responsabilidad civil de los profesionales liberales, etc. En estos supuestos, no parece ni 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 aquéllos.

Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de

<sup>9</sup> PEYRANO, Jorge W. “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo” en el XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal “Hacia una justicia más efectiva” 12-22 mayo 1993, ed. La Ley, 1996, págs. 502-507.

Anteriormente del mismo autor, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas” en “Procedimiento Civil y Comercial”, Rosario, 1992, Editorial Juris, págs. 75 y sgts. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba” RUDP 2/1992 págs. 239-241.

<sup>10</sup> MORELLO, Augusto M. “La prueba. Tendencias Modernas”, Ed. Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1991, en especial Capítulo III, “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba”.

<sup>11</sup> MORELLO, Augusto M., ob. cit. pág. 58.

cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor. Expresándolo con las palabras del art. 163 inc. 5 apartado 2º del Código Procesal Civil y Comercial Argentino nos dice MORELLO<sup>12</sup> "esa falta de cooperación, activa, entre otras matizaciones, traduce "la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".

En síntesis, concluye afirmando<sup>13</sup>: "La idea que sustentamos es la de que siendo la finalidad de la jurisdicción prestar el buen servicio de justicia (para la cual no debe malograrse la búsqueda de la verdad esencial o verdad jurídica objetiva), el comportamiento contrario a esa lógica y diligente cooperación o colaboración hacia el Organismo, no parece ausplicable y su quebrantamiento, por el contrario, lleva los riesgos pertinentes en perjuicio de quien hace oídos sordos a tales exigencias. No es bastante ya refugiarse en la defensa del propio interés con olvido del valor superior de una solidaridad que, en una concepción humanista, emerge inesquivable para el logro cabal de la finalidad esencial de hacer justicia".

**3.2.2.2. ¿Podrán ser admisibles en el derecho uruguayo estas posiciones que flexibilizan la distribución de la carga de la prueba en atención a cuál de los sujetos procesales está en mejores condiciones de aportarla?**

En nuestro país se han planteado nítidamente dos posiciones:

A) *La tesis afirmativa.*

Ha sido sostenida fundamentalmente por VAN ROMPAEY<sup>14</sup>.

El destacado Magistrado se plantea la duda respecto de si el art. 139.1 C.G.P. tolera, sin tacha de ilegalidad, una potestad judicial tan amplia que podría implicar, en la medida de que el Juez, atendiendo las circunstancias del caso, gravara con el *onus probandi* a l aparte que se halla en mejores condiciones de suministro probatorio, con abstracción de la estricta calificación de los hechos como constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión, un apartamiento del decisor de la regla legal que regula la cuestión.

<sup>12</sup> MORELLO, Augusto M., ob. cit. pág. 61.

<sup>13</sup> MORELLO, Augusto M., ob. cit. págs. 63-64.

<sup>14</sup> VAN ROMPAEY, Leslie. "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el derecho procesal uruguayo", L.J.U. CXI págs. 447-452.

Sin duda –afirma VAN ROMPAEY<sup>15</sup>– “el tema es altamente opinable. Pero afiliado a una concepción moderna, publicista y solidarista del proceso civil me pronuncio por la admisión de la tesis en nuestro derecho con sustento en un análisis sistemático y teleológico de las normas del C.G.P. que disciplinan las cargas de la afirmación y respuesta categóricas y que consagran expresamente los principios generales del proceso, especialmente los de probidad, lealtad y buena fe y el deber de veracidad de los actos procesales, que delinearían la regla moral que, con recepción categórica en nuestro ordenamiento procesal rige el debate judicial.

El C.G.P. no sólo le establece al actor la carga de la afirmación –con la narración clara y precisa de los hechos que fundan la pretensión ya que ellos son de vital importancia por cuanto gravitará sobre el demandado la carga de pronunciarse categóricamente sobre su veracidad (art. 130.2)– sino que además y simultáneamente le imprime la carga de aportar o de proponer los elementos de prueba de que habrá de valerse en apoyo de su pretensión (art. 118).

Del mismo modo se le impone al demandado la carga de pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda, y sobre la autenticidad de los documentos acompañados a la misma y cuya autoría le fuera atribuida, así como de aportar o de proponer la prueba a utilizar.

Las conductas evasivas o reticentes del actor o del demandado tanto en la narración de los hechos como en la aportación de la prueba al proceso violan el deber de actuar con lealtad y buena fe y califican al acto procesal como desleal y de mala fe.

Por otra parte, el C.G.P. por expresa disposición (art. 63 inc. 2) ha establecido que los actos procesales deben ser realizados con veracidad y buena fe, razón por la cual no actúa de buena fe quien miente a sabiendas o sólo aporta una versión parcial o fragmentaria del acontecer histórico.

Como ha sostenido MORELLO<sup>16</sup> muchas veces la verdad se oculta a través del silencio de la parte que, si bien no miente directamente, oculta la verdad indirectamente al omitir decir lo que no le conviene, y es preciso resaltar que en el fondo común del Derecho Comparado se ha erigido cual premisa fundamental, la de que es obligación de los litigantes aportar su concurso a la manifestación de la verdad.

<sup>15</sup> VAN ROMPAEY, L. ob. cit., pág. 448.

<sup>16</sup> MORELLO, Augusto, ob. cit., pág. 13.

A los anteriores argumentos, VAN ROMPAEY suma el deber de colaboración de las partes con el oficio judicial, derivado del relevante interés público en la prestación eficaz del servicio de justicia, mediante el dictado de una sentencia justa, en tiempo razonable, lo que impone a las partes la carga de aportar en las oportunidades previstas legalmente toda la información y los elementos de convicción disponibles en relación a la cuestión controvertida.

En función del referido deber de cooperación, la doctrina<sup>17</sup> postula la superación del criterio clásico que imponía a las partes la demostración de los presupuestos fácticos controvertidos en que apoya su pretensión u oposición, para dar cabida a un criterio flexible y funcional que enfatiza en la satisfacción del deber de colaboración que corresponde a cada contrincante, según sea su posición en el conflicto. De manera tal, que de la observancia de una conducta contraria y remisa, resulta razonable obtener, por parte del órgano decisor, argumentos corroborantes para tener por acreditadas las afirmaciones de la contraria. Falta de cooperación activa que juega como presunción *hominis* en su contra.

VAN ROMPAEY<sup>18</sup> destaca, asimismo, que tampoco se lesiona con esta tesis el principio de igualdad ante la ley, sino que, por el contrario, se le tutela cuando se trata igual a las situaciones iguales y desigual a las desiguales. El Juez, al hacer gravitar el *onus* de la afirmación y de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de aportar y probar los hechos fundamentales, en rigor está introduciendo sólo una aparente desigualdad para lograr la efectiva igualdad consagrada en el art. 4 del C.G.P.

El referido magistrado, precisa que la tesis que propugna no es una mera construcción teórica o especulación conceptual reservada a la cátedra, sino que, por el contrario, tiene importantes aplicaciones prácticas, como sucede en los casos de simulación contractual, responsabilidad profesional o de investigación o desconocimiento de la paternidad.

Cita la opinión aún inédita del Profesor VÉSCOVI, quien afirma que la teoría de las cargas dinámicas opera como fórmula de corrección de los criterios sobre distribución de la carga de la prueba, que funciona en casos de excepción atendiendo a las circunstancias del caso.

Destaca que VÉSCOVI ha recordado que en el Uruguay la doctrina laboralista a través del profesor DE FERRARI —aun antes de la aparición de la

<sup>17</sup> BERIZONCE, Roberto. "Poderes del Juez e iniciativa de los abogados en el trámite probatorio". Vlas-. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Paysandú, 18-21 abril 1991, Ed. Universidad, págs. 133-141.

<sup>18</sup> VAN ROMPAEY, L. ob. cit., pág. 451.

tesis en la Argentina— había sostenido una posición similar, imponiendo al patrono el *onus* de probar el pago de créditos laborales al tener la disponibilidad de la documentación acreditante, con abstracción de quien sea el actor ni cuál sea el hecho constitutivo o impeditivo.

VÉSCOVI y VAN ROMPAEY coinciden en la línea argumental, en cuanto la referida tesis se funda en la aplicación de los principios generales de buena fe y lealtad procesal consagrados en el art. 5 del C.G.P., en el deber de colaboración en la información y comprobación de los hechos del proceso y en la visión solidarista que proclama Morello en reiterados trabajos.

Adquiere singular relevancia el aporte de VÉSCOVI de una nueva base normativa a la tesis que se ubica en el art. 139.2 del C.G.P. al establecer que la regla general del art. 139.1 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.

VÉSCOVI afirma que esta norma flexibiliza el criterio general, permitiendo efectuar las correcciones que correspondan a cada caso concreto, habilitando a considerar, al menos como presunción simple, la conducta de quien teniendo en su poder los medios idóneos de prueba no los produce y alega que le corresponde a su contraria.

VAN ROMPAEY<sup>19</sup> concluye que: "La teoría en estudio constituye una valiosa contribución en la tarea trascendente e impostergable, de moralizar el proceso, concretando su idea, esencialmente teleológica de asegurar la efectividad del derecho, la justicia y la paz social al dirimir el conflicto intersubjetivo de intereses sometido a la decisión judicial, empresa de relevante interés público en cuya consecución deben colaborar actuando con veracidad, lealtad y buena fe, todos sus protagonistas.

Su necesario sustento normativo ha de ubicarse en el plexo o interacción armoniosa de las cargas que gravitan sobre las partes en la etapa de proposición y la regla moral que rige el debate judicial de enérgica consagración en el C.G.P.

La interpretación lógico-sistemática, propiciada por el destacado camarista, aventa, en su opinión, la eventual objeción de ilegalidad por transgresión a la norma que distribuye la carga probatoria (art. 139 C.G.P.) con la cual la tesis puede coexistir en relación de compatibilidad, máxime si se tiene en cuenta la intelección que se postula del art. 139.2, en el sentido de correctivo o válvula de escape.

<sup>19</sup> VAN ROMPAEY, L. ob. cit. págs. 453-454.

Y finaliza expresando que: "En la actualidad cuando la evolución de las instituciones procesales ha logrado que la regla moral conforme un imperativo jurídico que rige toda la actividad procesal, son compatibles las conclusiones de Peyrano en punto a la aptitud de este instrumento para lograr finalidades específicas que guardan relación con un mejor, más eficiente y más humano servicio de justicia".

Los argumentos empleados por VAN ROMPAEY en defensa de la admisibilidad de la tesis de las cargas probatorias dinámicas, han sido utilizados por dicho Magistrado en diversos fallos, pero especialmente cuando le correspondiera ser el Ministro redactor de la Sentencia No. 99 de 8 de agosto de 1994 y que fuera publicada en la RUDP 2/1996 págs. 295-299.

B) *La tesis negativa* ha sido sustentada por parte del integrante del IUDP Dr. Walter Guerra Pérez en nota a la referida sentencia publicada en la Revista, antes citada, págs. 300-304.

Señala el referido autor<sup>20</sup> que "... nuestro Código no admite tal concepto, además de resultar absolutamente innecesario". Expresa que: "En nuestro derecho, la actividad del juez debe hacerse de acuerdo a las normas establecidas en la ley (art. 2, 16 y 25.1 del C.G.P.). Es la ley, a la cual debe adecuarse tanto la conducta del tribunal como la de las partes, la que determina las formas en que los sujetos deben proceder, así como de los derechos y deberes que pueden comprenderle (arts. 7, 10 inc. 2, 12 y 18 de la Constitución). Y es por demás peligroso admitir conceptos o categorías que supongan poderes en el juez que no están recogidos en la ley.

Indica las normas en base a las cuales –en su opinión– debería rechazarse el concepto en nuestro derecho y cita el art. 25.1 el cual establece que el tribunal en el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo, el art. 137 que determina los hechos que deben ser probados, el art. 138 que refiere cuáles están exentos de prueba y el art. 139 que regula la carga de la prueba.

Hace especial mención del art. 139.2 que prevé que la distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal y tampoco a la apreciación por parte del tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, **de las omisiones o deficiencias de la prueba.**

Refiere que es fundamental resaltar dicha norma por dos razones: a) en primer lugar, porque constituye por disposición legal, una modalidad de

<sup>20</sup> GUERRA PÉREZ, Walter. "Anotaciones sobre una Sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas" RUDP No. 2/1996 pág. 301.

apreciación de una actividad procesal a cargo de una o de ambas partes, no ya de un medio de prueba en concreto, cual es el análisis de dicha actividad en función de reglas de sana crítica, forma típica de valoración de un medio de prueba:

b) En segundo lugar, porque esto significa que una de aquellas razones que se esgrimían como motivantes de la recepción del concepto, cual era la rigidez de la norma legal que establece la carga de la prueba, así como el resultado inexorable que se atribuía a una conducta determinada en materia de aportación de prueba, ya no es tal en nuestro derecho positivo”.

Y llega a la conclusión<sup>21</sup> de que el concepto no es ni siquiera necesario en nuestro Derecho puesto que “... mientras el concepto de cargas de la prueba dinámicas puede adaptarse y aparece como remedio en un tipo de proceso donde el juez carece de iniciativa y actividad probatoria y es dependiente de la actividad probatoria de las partes, carece de interés en un régimen como el nuestro donde el juez, más allá de la voluntad de las partes, puede por sí obtener el medio de prueba que necesite para un mejor conocimiento de los hechos sobre los que se tiene que pronunciar”.

Por último afirma<sup>22</sup> que: “La interpretación de conceptos nuevos, generados para otras realidades, no siempre tiene efectos benéficos; y en el caso, además de innecesario, advertimos que se traduce en una categoría que puede ser fuente de trastornos para las garantías de las partes en el proceso”.

### C) Nuestra posición

Señala COUTURE<sup>23</sup> que el tema de la probidad en el debate judicial no era un problema de cátedra, sino una cuestión de vida o muerte para el prestigio de la justicia.

Nuestro vigente Código General del Proceso, a través de diversas disposiciones, ha tratado de hacer efectivo lo que ya los antiguos textos del derecho colonial consagraban respecto del deber de litigar en nombre de la verdad y hasta jurando previamente que no habría de incurrirse en mentira.

Ese deber de litigar con probidad resulta, entre otras disposiciones, de las siguientes:

<sup>21</sup> GUERRA PÉREZ, W. ob. cit., pág. 302.

<sup>22</sup> GUERRA PÉREZ, W. ob. cit., pág. 304.

<sup>23</sup> COUTURE, Eduardo J. “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, Exposición de Motivos pág. 108.

I) El art. 5 del C.G.P. que al consagrar el principio de buena fe y lealtad procesal indica que todos los partícipes del proceso deben ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

II) El inc. 2 del referido art. 5 que le impone al tribunal el deber de impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

III) El art 63 que al establecer los requisitos generales de los actos procesales dispone que además de lícitos, pertinentes y útiles deben ser realizados con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo.

Pero además de actuar con probidad el C.G.P. ha establecido un deber de colaborar con el Tribunal, que si bien no está consagrado expresamente dentro de los principios generales del Título I, lo podemos extraer de diversas disposiciones que prevén medidas preventivas o sancionatorias para aquellos comportamientos contrarios a la conducta de colaboración querida por el legislador.

A vía de ejemplo mencionamos:

– El art. 5 inc. 2: “El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria”;

– El art. 6: El tribunal deberá tomar todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso;

– El art. 24 en cuanto faculta al tribunal: No. 5 - para disponer la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes para requerirles las explicaciones necesarias al objeto del pleito; No. 10 - para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente; No. 11 - para dirigir el proceso y aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo o conserven conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia;

– El art. 56 que establece condenaciones en la sentencia definitiva, según *haya sido la actitud procesal de las partes* conforme al art. 688 del Código Civil; el art. 57 condenaciones en los incidentes, el art. 60 en cuanto ha consagrado que el apoderado puede ser condenado en costas y costos, solidariamente con su representado, cuando de su actividad procesal surja, en forma manifiesta, que existe mérito para ello y el art. 61 que prevé que la parte que haya actuado con mala fe o temeridad puede ser condenada además en los daños y perjuicios;

– Los arts. 117, 118, 130 y 131 en cuanto consagran la carga de las afirmaciones y de la prueba tanto respecto del actor como del demandado;

– El art. 139.2 que faculta al tribunal para tomar la iniciativa en materia probatoria y además para apreciar—conforme con las reglas de la sana crítica—respecto de las omisiones y deficiencias de la prueba;

– El art. 189 en cuanto establece el deber de colaboración de las partes y de los terceros con el Tribunal para la efectiva y adecuada realización de las inspecciones, reconstrucciones y pericias, previendo asimismo sanciones conminatorias y hasta la posible intervención de la justicia penal. Además, dispone que si quien se negara a colaborar fuese la parte, dicha actitud será interpretada como la confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la contraria, salvo prueba en contrario.

Yendo al tema controvertido, de si son admisibles en nuestro derecho la tesis de las cargas probatorias dinámicas sostenida por PEYRANO o la tesis de la solidaridad de los sujetos procesales respecto de la prueba preconizada por MORELLO, nuestra respuesta es afirmativa, ya que nuestro Código tácitamente las ha receptado como criterio sucedáneo en el art. 139.2.

Es decir, que en aquellas hipótesis en que para el actor resulte extremadamente difícil, por no decir imposible, reunir la prueba del hecho ilícito (casos de simulación, responsabilidad de los profesionales médicos, ilícitos cometidos utilizando medios electrónicos, etc.) el Juez deberá examinar la prueba en su conjunto y podrá apreciar conforme a las reglas de la sana crítica las omisiones o deficiencias de la prueba producida por las partes.

Por ejemplo: en el caso de la simulación tomará especialmente en cuenta los diversos indicios coincidentes existentes en el expediente respecto a la insinceridad del negocio: parentesco cercano entre enajenante y adquirente; persistencia del enajenante en la cosa vendida; no justificación del destino dado al precio que se dice pagado y recibido; la existencia o no de la cláusula relativa a que el precio fue recibido con anterioridad que también constituye un indicio serio de la insinceridad del negocio. Por otra parte, examinará, la existencia o ausencia de prueba por parte del demandado por simulación para demostrar la realidad y veracidad del negocio realizado.

Otro tanto ocurre respecto de los casos de responsabilidad médica, donde el actor deberá probar la existencia del evento dañoso y el Médico o el Instituto de Asistencia Médica, por su parte, deberá probar que actuó con la debida diligencia y de conformidad con los parámetros o standards normales exigidos por la ciencia médica. En esas hipótesis creemos que el principio de razonabilidad puede convertirse en un auxiliar importante del Magistrado para deter-

minar quien tenía la carga de probar por estar en mejores condiciones para ello y de esa forma poder dictar en el caso concreto la solución justa –que al decir de COUTURE<sup>24</sup>– está anunciada en el Preámbulo de la Constitución”.

3.3.2. *La situación del tribunal en la etapa instructoria.* Sin duda el C.G.P. le ha otorgado al Juez mayores poderes en lo relativo a la prueba y ellos surgen del art. 24 que le permite: *No. 4:* ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes; *No. 5:* disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito; *No. 6:* rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes e impertinentes, a las que el art. 341 No 6 agrega las innecesarias.

Afirmamos que son verdaderos poderes-deberes, en virtud de lo que establece el art. 25.2 “El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes, la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad”.

Como se puede apreciar, el Código General del Proceso ha establecido un juez activo en la averiguación de la verdad –claro está dentro del límite de los hechos alegados por las partes– y con suficientes poderes como para ser el verdadero director del proceso.

Indicaba con acierto VAN ROMPAEY<sup>25</sup> con palabras que compartimos que “... en nuestro medio los jueces siguiendo la tradición en la materia han hecho un uso razonable y prudente de los poderes que les asigna el C.G.P. y que los elevan desde la obsoleta figura del juez espectador pasivo, al rango de verdadero director del proceso, con un protagonismo activo esencial, en todas las etapas del mismo...”.

Por otra parte, resulta oportuno poner de relieve que este rol activo del juez en la búsqueda de la prueba fue compartido por la casi unanimidad de los participantes en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil que tuvo lugar en Würzburg, Alemania, en 1983, donde el relato general estuvo a cargo del Profesor Dr. Roger Perrot (Paris) y la síntesis de la interesante discusión y elaboración de conclusiones a cargo del Prof. Dr. Michele Taruffo (Pavia).

<sup>24</sup> COUTURE, Eduardo J. “Las garantías constitucionales del proceso civil” en Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág. 95, ed. Depalma, 1978, Buenos Aires.

<sup>25</sup> VAN ROMPAEY, L. L.J.U. Tomo CXI, pág. 454.

Allí se dijo<sup>26</sup>: "La neutralidad del juez, como asimismo su pasividad, era en el siglo XIX un reflejo de las estructuras liberales de la época, una época donde se creía que la armonía de una sociedad residía en el sólo equilibrio de los intereses antagónicos presentes. Pero hoy debemos constatar que los tiempos han cambiado: el liberalismo conoce una cierta declinación en el plano político, económico y social. ¿Cómo la justicia podría resistirse a esos cambios? ¿Cómo los jueces podrían permanecer pasivos en el seno de un mundo donde el intervencionismo del Estado aparece por todos lados? Todavía más: se podría rechazar dicha evolución, pero no negar su existencia".

Se indicaba, además, que el tipo de conflicto ha variado y que los contendientes ya no se presentan con igualdad de armas y pone el ejemplo de la víctima de un accidente frente a una poderosa compañía de seguros y de un asalariado despedido frente a una empresa con un servicio jurídico bien pertrechado para su defensa.

Y se advertía: "En una palabra el contencioso deviene desigual. ¿Cómo en estas hipótesis el juez podría permanecer pasivo en la búsqueda de la prueba?", recordándose al mismo tiempo<sup>27</sup> que las facultades del juez están circunscritas a los hechos del proceso y que ese límite no puede ser franqueado.

La posición activa del órgano judicial respecto a la prueba –como lo sostienen BARBOSA MOREIRA y BERIZONCE<sup>28</sup>– no es incompatible con la preservación de su imparcialidad.

Podemos reconocer –afirma BARBOSA– el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Mas el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso.

Cuando el juez determina la realización de una prueba, difícilmente puede prever con seguridad a cuál de los litigantes será favorable el éxito de la diligencia. El beneficio lo recogerá probablemente el más veraz y ese no es

<sup>26</sup> "Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order" The discussions for the VIIIth International Congress on Procedural Law, Würzburg 1983 págs. 50-51.

<sup>27</sup> "Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order" The discussions for the VIIIth International Congress on Procedural Law, Würzburg 1983, pág. 51.

<sup>28</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba" RUDP 4/84 págs. 463-467. BERIZONCE, Roberto. "Poderes del juez e iniciativa de los abogados en el trámite probatorio" VIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Paysandú 18-21 de abril de 1991, ed. Universidad, págs. 133-141.

un suceso indeseable desde el punto de vista de la justicia: el proceso se hace para dar razón a quien la tenga.

Al más imparcial de los Jueces no le es ni le puede ser indiferente en cierto sentido, el desenlace del pleito: su neutralidad no le impide querer que su sentencia sea justa, es decir, que la victoria sonría al litigante que la merezca.

Y concluye el destacado profesor brasileño<sup>29</sup>: "El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en erigir obstáculos a la investigación de la verdad. Consiste, sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos".

#### **4. CÓMO DEBEN ARMONIZARSE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN**

##### **4.1. Las reglas de la sana crítica. Concepto.**

Indicaba COUTURE con su proverbial claridad en *Estudios*<sup>30</sup> que los criterios de valoración de la prueba son tres:

a) Pruebas legales: imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia; b) sana crítica: remisión a criterios de lógica y experiencia por acto valorativo del juez; c) libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por la convicción por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aún contra la prueba de autos.

Y profundizando el concepto expresaba:

*"Las reglas de la sana crítica son un precioso standard jurídico que abarca todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consiste en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares.*

<sup>29</sup> BARBOSA MOREIRA, José C. ob. cit., pág. 464.

<sup>30</sup> COUTURE, Eduardo J. *"Estudios de Derecho Procesal Civil"*, Tomo II, *"Las reglas de la sana crítica"*, págs. 179-227, especialmente págs. 221 y 226. Ediar S.A. Editores, Buenos Aires. 1949.

MORRELLO, SOSA y BERIZONCE<sup>31</sup> entienden que no cabe previamente precisar dichas reglas ya que son innumerables y de valor desigual. La fórmula se enriquece, justamente, por su apertura. Es un standard flexible, que supone en quien decide un comportamiento conforme al “correcto entendimiento humano”. Vale porque se adecua a las leyes de la razón humana, que se apoyan en una constelación de principios que a la postre se comprimen en los de identidad y no contradicción. El hombre juez usa de múltiples nociones que le auxilian para “razonar bien”: él es culto, conoce, sabe; y además de ese suelo cultural extrae máximas de experiencia, conocimientos vitales; observa y accede directamente a cosas, hechos y circunstancias que le permiten discernir “lo verdadero de lo falso”.

#### **4.2. El principio de razonabilidad como integrante del componente lógico de las reglas de la sana crítica.**

RECASENS SICHES<sup>32</sup> ha puesto de relieve que la mayor parte de las críticas formuladas contra el empleo de la lógica para la interpretación del Derecho, en razón de ser no sólo insuficiente sino muchas veces tremendamente perturbadora, al hablar de “lógica” se está pensando en la lógica tradicional, en la de Aristóteles, Bacon, Stuart Mill, la de Sigwart, etc. e incluso en la de Husserl y en la lógica simbólica contemporánea; es decir, se piensa en la lógica pura de tipo matemático.

Nos advierte que esa lógica tradicional no es toda la lógica sino tan sólo una parte de ella. El campo del logos es muchísimo más extenso que el área de la lógica pura tradicional; comprende otras regiones, como, por ejemplo, la de la razón histórica apuntada por Dilthey, la de la razón vital e histórica mostrada por Ortega y Gasset, la de la experiencia práctica desenvuelta por Dewey, la lógica de lo humano o de lo razonable a cuya exploración estaba dedicado el propio Recasens.

Todas esas concepciones, si bien no son del todo coincidentes, tratan de iluminar una lógica aplicable a la existencia humana y muy diferente de la lógica tradicional pura.

La lógica tradicional pura –en cualquiera de sus manifestaciones– es el instrumento adecuado para tratar con las ideas puras *a priori* –tales como los axiomas lógicos, las leyes del silogismo, los principios matemáticos, etc.– y para la aprehensión de los hechos de la naturaleza. Por eso se la suele llamar lógica físico-matemática.

<sup>31</sup> MORELLO, Augusto; BERIZONCE, Roberto; SOSA, Gualberto. “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados”. Tomo V-A, págs. 48-49.

<sup>32</sup> RECASENS SICHES, Luis, en su “Tratado General de Filosofía del Derecho”, Ed. Porrúa, 7a. edición, México, 1981, pág. 641 y sgts.

Ahora bien, dicha lógica tradicional o físico-matemática no es la adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho.

Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia –incluyendo la práctica del Derecho– hay que emplear un tipo diferente del logos, hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable.

La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de partes axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia.

Señala RECASENS<sup>33</sup> que la lógica formal, de tipo puro, a *priori*, tiene ciertamente empleo necesario y correcto en el tratamiento de las formas jurídicas, es decir, en la aclaración y en el análisis de los conceptos jurídicos puros, de los conceptos jurídicos esenciales, como son, por ejemplo, los conceptos de norma jurídica, relación jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, persona jurídica, etc.

Tratar formas a *priori*, esto es, esencias necesarias y universales por métodos de lógica, gnoseología y ontología formales, parece sin duda adecuado y correcto. En cambio, resulta superlativamente discutible, con seguridad gravemente erróneo, aplicar esos mismos métodos al tratamiento de los contenidos jurídicos, de la materia jurídica, que es una realidad empírica que se originó en cierto lugar y en cierto tiempo, al conjuro de unas necesidades históricas y en vista de ciertos fines particulares.

La elaboración del meollo de la sentencia judicial no se logra con la lógica tradicional, que sirve para tratar con ideas o para tratar con realidades desde el punto de vista de lo que esas realidades son –nos dice RECASENS<sup>34</sup>–, en cambio, al juez no le interesa determinar puras realidades, sino decidir lo que se debe hacer frente a determinados aspectos de ciertas realidades.

Su idea fundamental es que los contenidos jurídicos (es decir, lo que las normas mandan, prohíben o permiten) no pertenecen al pensamiento regido por la lógica de tipo matemático, sino a otro campo de pensamiento que está regido por otro tipo de lógica, por la lógica de lo razonable, de lo humano o de la razón vital e histórica.

<sup>33</sup> RECASENS SICHES, Luis, ob. cit., págs. 642 y 643.

<sup>34</sup> RECASENS SICHES, Luis, ob. cit., pág. 662.

Al oponer la razón vital a la razón físico-matemática —expresa ORTEGA Y GASSET<sup>35</sup>— no se trata de conceder permiso de irracionalismo. Al contrario la razón histórica es aún más racional que la física, más rigurosa, más exigente que ésta. La física renuncia a entender aquello de que ella habla, pues se limita a explicar nexos causales entre hechos ininteligibles, mientras que la razón vital no acepta nada como mero hecho, quiere comprender.

Nuestro pensamiento —coincidente con el de RECASENS y el de ORTEGA— parte de la idea de que cuando nos referimos al principio de razonabilidad como integrante del componente lógico de las reglas de la sana crítica, estamos empleando esta concepción de la lógica de lo razonable, de lo humano y descartando obviamente la aplicación de la lógica físico-matemática, tanto para la interpretación de los hechos relevantes del proceso a la luz de las normas jurídicas que le son aplicables, cuanto para la valoración de la prueba, así como para la aplicación de la previsión contenida en el art. 14 del C.G.P. que establece como deber del tribunal interpretar la norma procesal teniendo en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

#### **4.3. Sana crítica y valoración de la prueba.**

El C.G.P. al establecer las reglas generales sobre prueba siguió las enseñanzas de Couture, ya que le ordena al tribunal en su art. 140 que debe apreciarla tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

Las reglas de la sana crítica se aplican, en principio, a todos los medios de prueba. Sólo en aquellas hipótesis en que un texto legal ha privado a un medio de prueba de toda eficacia (por ejemplo: la prueba ilícita o prohibida por la regla de derecho art. 24.6 y 144.2; las cartas misivas dirigidas a terceros —175.2— salvo las excepciones contempladas en dicha disposición: relativas al estado civil de las personas, quiebra, concurso y en juicios de o contra el Estado y demás personas públicas; o se trate de prueba tasada (como en el caso del instrumento público —arts. 1574-1576 del Código Civil), el juez, sólo en estas hipótesis, deberá apartarse de su sana crítica, que le dicta su experiencia y la lógica que gobierna su acción.

Y en los referidos casos ello ocurrirá así —como lo señalaba COUTURE<sup>36</sup>— porque el derecho ha preferido la seguridad de la gran mayoría a la justicia de un caso particular.

<sup>35</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Obras Completas. "Revista de Occidente", Madrid, Tomo VI pág. 46 citado por Recasens Siches, L. en ob. cit., pág. 645.

<sup>36</sup> COUTURE, Eduardo J. ob. cit., pág. 220.

#### **4.4. El principio de razonabilidad en la apreciación conjunta de la prueba y en la valoración de sus omisiones o deficiencias.**

Reiteramos que el art. 140 del C.G.P. dispone bajo el *nomen juris*: “Valoración de la prueba. 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*, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa”.

La experiencia forense indica, que en un alto porcentaje de los procesos civiles, las partes ofrecen y producen –en menor medida también disponen los jueces– distintos medios de prueba con el fin de lograr la convicción judicial.

Empero sucede –como lo señalan PEYRANO y CHIAPPINI<sup>37</sup>– que esa pluralidad de medios probatorios producidos suele arrojar resultados discordantes, destacan que –para colmo de males– no sólo las partes pueden escoger (salvo hipótesis de excepción) los medios de prueba que reputen más convenientes, sino que una vez producidas éstas, los códigos procesales no registran soluciones que permitan determinar la mayor o menor jerarquía relativa de las pruebas que resulten contradictorias entre sí.

GORPHE analizando este tema<sup>38</sup> indicaba que las pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues es el resultado global el que cuenta, ya que será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Pero advierte, que tales exámenes resultarían incompletos si no se refirieran asimismo a las relaciones entre las pruebas; con frecuencia, de esos propios vínculos nace la conclusión. Por otra parte, agrega, dichas relaciones no interesan menos que los elementos y estos no poseen, en suma, mucho valor sin la concordancia entre ellos.

Por lo tanto, habrá que examinar si las pruebas presentadas concuerdan verdaderamente entre sí, y en caso de discrepancia, buscar la razón de la misma; resolver, cuando quepa la contradicción; o, si es irreducible, elegir entre los datos contrarios.

Pero se plantea la siguiente interrogante: para determinar la naturaleza y el valor de tales relaciones y en caso de necesidad poder elegir entre las

<sup>37</sup> PEYRANO, Jorge - CHIAPPINI, Julio, en “*El Proceso Atípico*”, Capítulo IV, “Lo atípico en materia probatoria”, págs 123-135.

<sup>38</sup> GORPHE, François. “*De la apreciación de las pruebas*” EJE, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, en especial Capítulo VI, “*Las relaciones entre las pruebas*”.

pruebas no haría falta, ante todo, establecer una valoración comparativa de las diversas clases de pruebas, que sirva de orientación en los supuestos de conflicto?

El legislador intentó en otro tiempo, con el sistema de las pruebas legales fijar por anticipado el valor de los medios probatorios, el que aún no ha desaparecido totalmente como resulta del propio C.G.P. que en su art. 140 lo admite en determinadas hipótesis.

Pero ¿qué hacer en aquellas hipótesis en que sean contradictorias las resultancias de las pruebas ofrecidas?

En algunas legislaciones, como por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil Chileno<sup>39</sup> en su art. 428, se resuelve expresamente la dificultad en la siguiente forma: "Entre dos o más pruebas contradictorias y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán lo que crean más conforme a la verdad" y en el art. 429 prevé el caso particular de las escrituras públicas y al respecto dispone: "Para que pueda invalidarse con prueba testimonial una escritura pública, se requiere la concurrencia de cinco testigos que reúnan las condiciones expresadas en la regla segunda del art. 348 –contestes en el hecho y en sus circunstancias especiales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos– que acrediten que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento, o el escribano, o alguno de los testigos instrumentales, ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes.

Esta prueba, sin embargo, queda sujeta a la calificación del tribunal, que la apreciará según las reglas de la sana crítica.

La disposición de este artículo sólo se aplicará cuando se trate de impugnar la autenticidad de la escritura misma, pero no las declaraciones consignadas en una escritura pública auténtica".

En otras legislaciones, la referida dificultad no se ha previsto a texto expreso como debe resolverse y corresponderá al Magistrado decidir si las pruebas contradictorias se anulan recíprocamente, o si, por el contrario, una tiene mayor fuerza de convicción que la otra y por ende debe mantenerse prescindiendo de la restante.

La apreciación conjunta de la prueba en nuestro país está ordenada por la ley –reiteramos–, art. 140 C.G.P. debe ser realizada racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

<sup>39</sup> Código de Procedimiento Civil de Chile, 10ª edición oficial, mayo 1992.

Como señala GORPHE<sup>40</sup> la principal cuestión consiste en relacionar entre sí las pruebas producidas, para desprender de ellas sus conexiones y sacar las conclusiones de las mismas. El principio metodológico que se encuentra en la base de las ciencias de observación consiste en que no se llega a una conclusión cierta a través de una sola observación o experiencia, sino solamente como consecuencia de una serie de observaciones y de experiencias concordantes.

Una prueba aislada resulta, por lo general, insuficiente.

Existiendo varias pruebas de diverso tipo que son coincidentes en los hechos relevantes, resulta muy improbable que el mismo error se pueda reproducir en pruebas muy diferentes. Si corresponderá siempre tener cuidado cuando sólo exista un tipo de medio de prueba: testigos, por ejemplo, en que deberá siempre temerse la posibilidad del concierto previo para una falsa declaración, o una sugestión colectiva o una ilusión común.

Cuanto más numerosas sean las pruebas coincidentes las posibilidades de error disminuyen, hasta el punto de llegarse a una verdadera certidumbre práctica.

Las pruebas aducidas deben ser lo bastante completas como para permitir la reconstrucción del conjunto de los hechos y ello deberá efectuarse de acuerdo con las pruebas producidas: trabajo de síntesis que sigue al análisis crítico. Para extraer la conclusión se requerirá considerar el conjunto de los hechos: la dificultad estribará en analizarlos completa y claramente cuando son numerosos y están diseminados. Resultará indispensable ponerlos en orden, colocar cada uno en su lugar, en la posición que debían ocupar en la especie dada, proceder a la reconstrucción de manera que exista en toda la prueba la necesaria concordancia y armonía. Si ella no existe, habrá que recomenzar la tarea con la finalidad de determinar dónde se encuentra la dificultad.

Pero si la dificultad referida no fuese posible superarla el Tribunal deberá aplicar las normas sobre carga de la prueba, ya que como señalara DEVIS ECHANDÍA –ver supra 3.2.1– ellas son una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indican cómo fallar cuando no encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de tales hechos.

Como lo indica ROSEMBERG<sup>41</sup> la teoría de la carga de la prueba es la de las consecuencias de la falta de prueba y tendrá aplicación, únicamente, cuando haya permanecido incierta una afirmación sobre los hechos.

<sup>40</sup> GORPHE, F., ob. cit., pág. 463.

<sup>41</sup> ROSEMBERG, Leo, ob. cit., págs. 221-222.

Es en estos momentos que el Juez debe apreciar (C.G.P. art. 139.2) conforme con las reglas de la sana crítica las omisiones o deficiencias de la prueba, para ello deberá acudir como instrumento de apoyo al principio de razonabilidad para determinar quién tenía la carga de probar y quién estaba en mejores condiciones para hacerlo; por ejemplo, el demandado por simulación o el perjudicado por ella, el profesional supuestamente responsable por mala praxis del acto ilícito o la víctima del mismo, etc.

El principio de razonabilidad también le permitirá al Magistrado -entre otros ejemplos posibles:

– Inclinarsen caso de declaraciones testimoniales no coincidentes por aquellas que tengan un mayor poder convictivo, en razón de ajustarse con mayor fidelidad a las circunstancias de hecho existentes en el proceso;

– Apartarse del dictamen pericial cuando la opinión de los expertos se halle reñida con principios lógicos o máximos de experiencia o desechar los dictámenes existentes en los autos por ser opuestos y no existir motivos relevantes que hagan primar a uno sobre otro.

– Desechar el dictamen pericial si de la pericia hematológica o examen de histocompatibilidad sólo pudiera inferirse la verosimilitud de las afirmaciones de hecho en que se fundamenta la pretensión, pero tal probanza singular fuese inidónea para formar, *per se*, el convencimiento del Oficio sobre la concordancia entre los fundamentos fácticos de aquella y la realidad histórica a que refieren<sup>42</sup>.

##### 5. LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS Y EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

El principio de razonabilidad o análisis racional de la prueba le permitirá también al Magistrado tener un criterio orientador para el examen de los problemas que actualmente se han planteado en Estados Unidos sobre las denominadas pruebas científicas y del que da cuenta el Profesor Dr. Michelle Taruffo en un reciente trabajo<sup>43</sup>.

Dicho autor señala que: "La elevada fiabilidad que los test del ADN aportan y la irrisoria posibilidad de error que les caracteriza, inducen a pensar que se trata de pruebas absolutamente seguras, que no crean problemas de atendibilidad y valoración y por ello vienen siendo admitidas sin dificultad. El

<sup>42</sup> RUDP 1/1991, pág. 189, Sentencia TAC 5o. Turno 9/90.

<sup>43</sup> TARUFFO, Michelle. "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense" en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo VIII, mayo 1996, págs. 205-249.

convencimiento de que los test del ADN constituyen demostraciones infalibles y ciertas *a priori*, está entrando rápidamente en crisis a medida en que la experiencia se extiende y se profundiza en el análisis crítico”.

Se han planteado dudas crecientes respecto de las técnicas de análisis del ADN ya que ellas son muchas y diversas. por lo que no tendría sentido hablar en general, sin aludir específicamente a tal o cuál método sobre el uso de los test del ADN.

Otro problema importante, surge respecto de la corrección de sus aplicaciones, pues es absolutamente fiable cuando excluye la identidad de los dos ADN puestos a confrontar, cuando por el contrario los test confirman la identidad, es preciso advertir que en realidad el resultado es el fruto de un complejo cálculo estadístico. Uno de los aspectos más problemáticos en que ese cálculo de probabilidades depende de la “población de referencia” y ello crea dificultades desde varios puntos de vista, a saber:

– Puede suceder que no se disponga de los datos concernientes al ADN de la población de referencia;

– Puede ocurrir que en sociedades multiétnicas sea difícil determinar cuál es la población de referencia apropiada;

– Puede ser dudoso, incierto o discutible un dato esencial para establecer racionalmente el grado de atendibilidad que precisa el resultado positivo de un test de ADN.

Por último, ha acaecido en numerosas ocasiones que los análisis eran realizados de un modo técnicamente incorrecto por laboratorios no calificados o por laboratorios que no aceptaban someterse a controles por el Tribunal.

En conclusión, expresa TARUFFO, existe un relevante pero al mismo tiempo indeterminado riesgo de error derivado del desarrollo práctico y de la formulación del resultado de los análisis relativos al ADN. Y por ello “... es conveniente evitar que jueces y jurados se dejen indebidamente condicionar por el aura de infalibilidad que rodea estos test, la que puede ser infundada a la vez que puede despistar en cada caso concreto”<sup>44</sup>.

Con referencia a las pruebas científicas cita la sentencia dictada por la Corte Suprema de USA en 1993 en el caso “Daubert v. Merrello Dow Pharmaceuticals, Inc.”<sup>45</sup> en la cual la Corte no duda acerca de que se deben

<sup>44</sup> TARUFFO, Michelle, ob. cit., pág. 217.

<sup>45</sup> TARUFFO, Michelle, ob. cit., págs. 230-231.

admitir sólo pruebas científicamente válidas, pero considera que la validez científica de las pruebas debe ser valorada teniendo en cuenta estos cuatro criterios principales:

- a) el control acerca de la verdad o falsedad de la teoría o de la técnica que se sitúan en la base de la prueba;
- b) el porcentual de error conocido o potencial y el respeto de los standards de conformidad con la técnica usada;
- c) la circunstancia de que la teoría o la técnica en cuestión haya sido objeto de publicaciones científicas y por tanto de control por los expertos (son las *peer review*);
- d) el consenso general (es la general *acceptance*) de la comunidad científica interesada.

La Corte admite asimismo que puedan utilizarse además otros criterios, lo que deja librado a la discrecional determinación del juez el adoptarlos.

Destaca TARUFFO<sup>46</sup> que es preciso insistir sobre la circunstancia de que el significado real de la sentencia, en el caso Daubert, es el de asumir con enorme claridad que la científicidad de la prueba es una condición necesaria para ser aceptada como válida en el proceso.

De ello se desprende una consecuencia muy importante: la científicidad de la prueba y los métodos para controlarla no son monopolio exclusivo del experto y no se sitúan al exterior, sino en un espacio contiguo y conexo con las cuestiones jurídicas y que los juristas—jueces y abogados— deben dilucidar en el proceso.

Así temas: como los relativos a los criterios de validez científica y verificabilidad empírica, a la evolución de las concepciones de la ciencia, y los problemas acerca de la verdad y de la probabilidad entran necesariamente—dice TARUFFO— en el horizonte cultural del jurista.

Para dilucidar estas cuestiones vinculadas a las llamadas pruebas científicas, las reglas de la sana crítica serán sin duda un elemento imprescindible a utilizar por el Magistrado y dentro de ellas, el principio de razonabilidad o razonabilidad será un instrumento adecuado, en cuanto le permitirá distinguir lo verdaderamente científico de aquello que sólo tenga la apariencia de tal.

<sup>46</sup> TARUFFO, M., ob. cit., pág. 234.

## 6. CONCLUSIONES.

1. El principio de razonabilidad integra el componente lógico de las reglas de la sana crítica y será un eficaz instrumento, que permitirá a los magistrados resolver con justicia determinadas situaciones planteadas en el proceso y lograr en los casos concretos la efectiva vigencia de los derechos sustanciales.

2. El derecho procesal uruguayo acoge la teoría de la sustanciación, por consiguiente actor y demandado tienen la carga de alegar y probar sus respectivas afirmaciones, y como consecuencia, tanto la demanda como la contestación deben contener los hechos fundamentales que constituyen el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pretenda.

3. En cuanto a la determinación de cuáles hechos son sustanciales y cuáles accesorios o circunstanciales, será cuestión de aplicar en la especie el principio de razonabilidad como criterio orientador.

4. También dicho principio será una eficaz herramienta a utilizar por el Magistrado, para determinar si está o no razonablemente fundado el motivo aducido por el demandado para sin efectuar la efectiva contradicción, manifestar que no recuerda algún hecho o circunstancia aducida por el actor y enervar así las consecuencias drásticas –admisión de los hechos y autenticidad de los documentos– previstas en el art. 130.2 inc. 2º del C.G.P.

5. La carga de la prueba tiene un doble aspecto: por un lado, como regla de juicio dirigida al juzgador para el caso de existir omisiones o deficiencias de la prueba, y por otra parte, como regla de conducta a seguir por las partes como imperativo del propio interés ya que ellas para el caso de incumplimiento sufrirán las consecuencias de su omisión.

6. Las modernas teorías (PEYRANO: cargas probatorias dinámicas; MORELLO: visión solidaria de la carga de la prueba) referidas a la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil, podrán ser aplicadas por nuestros magistrados, ya que nuestro Código tácitamente las ha receptado como criterio sucedáneo en el art. 139.2, en cuanto faculta al Magistrado, para apreciar conforme a las reglas de la sana crítica las omisiones o deficiencias de la prueba.

7. Las reglas de la sana crítica son un precioso standard jurídico, con un componente lo suficientemente preciso (las reglas de la lógica formal) y otro lo suficientemente flexible (las máximas de experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares.

8. El principio de razonabilidad, como integrante de las reglas de la sana crítica, lo concebimos como una aplicación de la lógica de lo razonable, de lo humano de que nos hablara RECASENS, tanto para la interpretación de los

hechos relevantes del proceso, cuanto para la valoración de la prueba, así como para la aplicación de la previsión contenida en el art. 14 del C.G.P. que le impone al tribunal el deber de interpretar la norma procesal teniendo en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

9. La apreciación conjunta de la prueba en nuestro país está ordenada por la ley –C.G.P. art. 140–, debe ser realizada racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Al realizar dicho análisis el tribunal puede constatar omisiones o deficiencias en la prueba producida lo que debe apreciar conforme con las reglas de la sana crítica. Para ello será un eficaz instrumento de apoyo el principio de razonabilidad que le orientará respecto de quien tenía la carga de la prueba y quien estaba en mejores condiciones de producirla.

10. La infalibilidad de las pruebas científicas ha sido puesta en duda recientemente por la justicia norteamericana, la que, en posición crítica, ha establecido criterios orientadores, que le permitirán a los magistrados distinguir lo verdaderamente científico de aquello que sólo tenga la apariencia de tal.