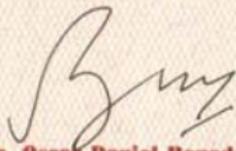


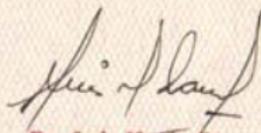
Instituto de Derecho Procesal Civil
Colegio de Abogados de Entre Ríos

**Agradece al Dr. ADOLFO ALVARADO VELLOSO su
participación como disertante en la Conferencia - Debate
"CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS".**

Paraná, Entre Ríos, 12 de junio de 1998.-



Dr. Oscar Daniel Benedetto
Presidente
Inst. de Der. Procesal Civil



Dr. Luis María Campos
Presidente
Colegio de Abogados de Entre Ríos

Conferencia - Debate

CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS

Dr. Adolfo Alvarado Velloso

- # Autor del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación explicado y anotado en colaboración con Lino Enrique Palacios entre otras obras de Derecho Procesal.
- # Profesor Titular de Derecho Procesal Civil en la Fac. de Derecho de la U.N.R.
 - # Ex Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario.

Dr. Omar Benabentos

- # Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil en la Fac. de Derecho de la U.N.R.
 - # Profesor de cursos de postgrado en temas de Derecho Procesal.
- # Director Rev. de Derecho Procesal Civil de la Editorial Juris de Rosario.

12 de junio de 1998 - hora 20

**Salón Auditorium "Lucio A. Dato" del Colegio de Abogados,
Santa Fe 259 -Paraná-**

Organiza: Instituto de Derecho Procesal Civil del C.A.E.R.

Colegio de Abogados de Entre Ríos

Colegio Miembro de la Federación Argentina de Colegios de Abogados

Paraná, 20 de noviembre de 1998.-

Doctor
Adolfo Alvarado Velloso
Presente

De mi consideración:

El Colegio de Abogados de Entre Ríos y el Instituto de Derecho Procesal Civil, tienen el agrado de dirigirse a usted a fin de adjuntar constancia de su participación en la Conferencia Debate: "CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS" llevada a cabo en esta ciudad.

Le hacemos llegar nuestro reconocimiento por su disertación en esta sede.

Salúdole atentamente.-




Dr. LUIS MARIA CAMPOS
PRESIDENTE
Colegio de Abogados de Entre Ríos

*Idelfonso F. Esnal
Oscar Daniel Benedetto
Gabriela Etchebarne de Daneri
Abogados
Rocamora 58 - Telefax 0436.21828
Email: odbenedetto@teletel.com.ar
(3153) Victoria (Entre Ríos)*

Victoria (E.R.), 16 de junio de 1998.-

Señor

Dr. **ADOLFO ALVARADO VELLOSO**

Italia 877

2000 - ROSARIO (SF)

Estimado doctor:

No he querido dejar pasar ni un día hábil desde la Conferencia sobre Cargas Probatorias Dinámicas del pasado viernes 12, para reiterarle lo que ya le expresara en Paraná, mi más profundo agradecimiento por su entrega personal junto al Dr. Omar Benabentos; no se me escapa que los mismos razonamientos que hacían presumir difícil la concurrencia masiva del público, eran aplicables a Uds.; no obstante, ambos brindaron su tiempo generosamente magüer el feriado largo y el acto tuvo el marco apropiado para la estatura jurídica de los disertantes.-

Pero más allá de su capacidad y jerarquía indiscutidas, justo es destacarle que, desde el agigantado recuerdo suyo que tenía de aquel lejano Curso sobre los Títulos de Crédito del año 1970, me llenó de gozo comprobar su trato afable y sencillo, propio de la bonhomía que pertenece a los grandes de verdad.-

A sus gratas órdenes en lo personal y profesional, esperando que esta oportunidad no sea la última en que podamos compartir tertulias sobre la ciencia procesal, lo saludo muy cordialmente.-



OSCAR DANIEL BENEDETTO
ABOGADO - MAT. 1939 - T I FO 88

Esna! & Benedetto Abogados

*Idelfonso F. Esna! Oscar Daniel Benedetto Gabriela Etchebarne de Daneri
Rocamora 58 Telefax 0436 21828 Victoria (Entre Ríos)*

Victoria, 18 de agosto de 1998.

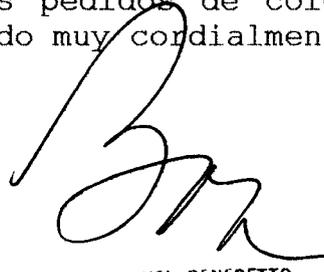
Señor
Dr. Adolfo Alvarado Velloso
Italia 877
2000 ROSARIO (Sta. Fe)

Estimado amigo:

Le envío el desgrabado de su conferencia sobre las cargas probatorias dinámicas para que tenga a bien efectuarle las correcciones y supresiones que estime necesarias a los fines de poder publicarla en la Revista Jurídica Delta de nuestra provincia.

Lo propio haremos cuando esté lista la del Dr. Benabentos.

Aguardando su trabajo con gran interés, por cuanto hemos recibido muchos pedidos de colegas que desean contar con el mismo, lo saludo muy cordialmente.



OSCAR DANIEL BENEDETTO
ABOGADO - MAT. 1039 - T I Fº 53

DR. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

El tema de hoy es un tema asaz político, no técnico, que tiene que ver fundamentalmente con los aspectos políticos de la idea del proceso.

Para comenzar marcaremos cuatro hitos y después trataremos de unirlos a todos en esta modesta exposición.

1) **El origen del problema**. Muchas temas en el derecho son recurrentes, son cíclicos, cada tantos años aparecen otra vez en la cresta de la ola. Personalmente creía que de esto nunca más se hablaría porque había sido superado en la década de los 60, pero en la década del 90, volvemos a hablar de facilismo probatorio. Pero claro, hubo un problema, el origen de la aparición, es la injusticia que se comete primordialmente con los pleitos de malas praxis médica. Hace algunos años me tocó hablar, en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en un Congreso de mala praxis y allí dije que toda la historia del Derecho en cuanto a la mala praxis médica, es mostrar la irresponsabilidad de los médicos, siempre irresponsables; y siempre los jueces querían responsabilizarlos y no lo lograban. ¿ Por qué ?. Porque la ley les prohibía hacerlos responsables de un daño. Fíjense uds.: al comienzo había que inculparles culpa o dolo, y la culpa o dolo debe ser probada por quien la invoca. Cuando vieron que eso no funcionaba, a fines del 60, a mediados del 70, empezamos a hablar de la responsabilidad contractual y entonces rápidamente la defensa fue dividir obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Los médicos no podían jamás prometer un resultado, y si ponían el medio, era suficiente. Y seguían sin ser condenados los médicos a quienes se les caía alguna vida humana en un quirófano; y entonces inventamos la inversión de la carga de la prueba y esto en un modesto y pequeño artículo del Código Civil sirvió para que nuestro presidente vetara el Código que tan trabajosamente se había hecho en este Congreso Nacional. Y entonces como seguíamos trabajando con la irresponsabilidad, los jueces, inteligentemente, y con un enorme afán de justicia, que lo destaco, exhumaron el pensamiento de la década de los 60 y nos hablaron de las cargas dinámicas probatorias. Liminarmente me apresuro a sostener que en esencia la idea es justa, sólo que es profundamente ilegítima, y en este afán de los jueces de hacer justicia no pueden dejar de lado la legitimidad de la idea de proceso que es superior a la del caso

concreto.

En este tren de hacerle probar cosas a quien está en mejores condiciones de probar. ¿Por qué no lo llevamos al juicio penal a esto?. Quien está en mejores condiciones de probar su inocencia es el reo, diciendo dónde estuvo el día del hecho, y a nadie se le ocurriría frente al principio de inocencia aceptado por todas las constituciones del mundo, invertirle la carga de la prueba so-pretexto que es más fácil probar y exigirle al reo que pruebe su inocencia, que de esto en definitiva se trata, traído al problema que nos ocupa.

2) Certeza versus justicia. ¿Qué están en juego en este problema?. Pretendo probar ante uds. que los jueces nos hemos debatido siempre con dos ideas que parecen antagónicas y que no lo son y que estamos privilegiando una por sobre la otra, cuando constitucionalmente debemos privilegiar la otra sobre la una. Hablo de la justicia y de la certeza. ¿Qué se busca con el ordenamiento procesal: certeza o justicia. Esta es una pregunta no fácil de responder. Es una pregunta que puede generar distintas opiniones, pero yo quiero pronunciarme a favor de la certeza por que el de la justicia es un valor absolutamente relativo. El más grande pensador de la humanidad, Aristóteles, justificó la esclavitud y hoy nadie justificaría, lo que prueba la relatividad de la idea de justicia. Lo que es justo para mí, puede no serlo para Omar, lo que es justo hoy puede no serlo ayer o mañana, lo que es justo aquí puede no serlo en Santa Fe o en Colombia. Cuando estamos hablando de un juez comprometido con la justicia y ese juez hace todo lo que tiene que hacer para llegar a esa famosa "verdad real" que se quiere descubrir, a la que se quiere intentar llegar en los ordenamientos procedimentales corrientes y dice que esto es tal cosa luego de comprometerse con esa realidad, con esa verdad, con esa justicia; y esto se apela, y vamos a un tribunal superior, donde jueces con el mismo énfasis, con las mismas ganas de llegar a la verdad y a la justicia le revocan la sentencia, pregunto, ¿que pasó?. Que explicación me dan uds. a mí, que tengo dos verdades antagónicas, que es lo que significa revocar una sentencia, estoy hablando siempre de **jueces comprometidos** que es lo que gusta decirse últimamente. Y si por un milagro recursivo tuviéramos un tercer tribunal, con capacidad para hablar sobre los hechos y éste volviera a revocar el segundo fallo y dijera que los hechos no son ni los de primera ni los de segunda, sino de los de la tercera instancia, no tengo más que terminar aceptando que la justicia del tercer Tribunal, por ser la justicia del último tribunal

del sistema, es la que priva en el caso concreto, sea o no justa, en orden a la realidad. Y esto es un hecho de la vida, que yo no puedo dejar de observarlo, de valorarlo, y no que cada juez se sienta Robin Hood, saque la espada a la búsqueda de hechos y de derechos porque siempre un juez superior puede llegar a una solución distinta de la que él llega. Esto me ha hecho reflexionar mucho a mí, viejo magistrado, no será que nosotros no buscamos la verdad real?, no será que no debemos buscar la verdad real?. No digo que nos conformemos con la tontería de la verdad aparente, pero en realidad buscamos juicios de probabilidad, juicios de posibilidad como decía Calamandrei; queremos darle certeza a un accionar humano, decir que tal conducta existió porque aparentemente existió, verosimilmente existió, pero ningún juez puede comprometerse con la realidad de la existencia del hecho que afirma como cumplido. Quien así cree, quien así sostiene, está escupiendo hacia el cielo, no está tuteándose con la realidad, con la verdad de la propia vida que lo circunda. Yo creo que los jueces dan certeza en su sentencia, si además es justa, que bueno. El orden jurídico nos muestra a cada rato, a cada instante que el legislador tiene que privilegiar ciertas circunstancias en demérito de otras, esta es la labor política del legislador, tomar la opción en el momento crucial. Por ejemplo, el Código Civil establece que no se puede indagar la maternidad de la mujer casada, esto quiere decir que hay un hijo que no tiene madre, que no puede pretender que su madre sea su madre, porqué?, porque Velez, entre el hijo sin madre y una familia destrozada por la imputación que un tercero hace a la madre de ese grupo familiar, privilegió la familia y automáticamente dejó a alguien sin madre. No es la imposibilidad de que un juez le sentencie a favor sino la imposibilidad de indagar, se prohíbe procesar no sentenciar. Igual nos ocurre al revés, cuando un padre quiere desconocer la legitimidad de un hijo, tiene 60 días a partir de que tomó conocimiento del parto, después debe llamarse a perpetuo silencio, ¿cómo? y no puede desconocerlo?, si, pero durante un brevísimo lapso y si no, nunca más. Se privilegia el orden natural de la familia. Entre nosotros, en materia laboral, se invirtió la carga de la prueba, se privilegió al obrero sobre el patrono. Se la privilegia a la mujer en materia alimentaria, lo que se le da de más de alimentos a la mujer, no se le dá devuelve al marido. Siempre el legislador, entre dos cosas, opta por una, la acepta, con demérito de otra. Esto es, en definitiva, lo que los grandes juristas nos enseñaban en

nuestros libros de estudiantes: el fin no querido del derecho. Hay veces que el derecho produce un resultado que no lo quiere, pero no tiene más remedio que soportarlo, porque sino el sistema no podría operar, igual ocurre con el problema que les estoy marcando. Puede ser que una sentencia sea injusta, puede ser. Pero yo no me desgarré las vestiduras por la posibilidad de una sentencia injusta, frente a la certeza de todo el sistema y sobre todo frente a la predecibilidad de lo que va a decir el tribunal frente a un caso concreto. Los abogados no ejercen la profesión tirando los dados, después de Rabelais, es un caso literario, los jueces no hacen justicia jugando a los dados, si sale 7 gana el actor, si sale 4 gana el demandado, hay un grado de predicción, si el cliente le pregunta a un abogado que toma su profesión en serio, Dr. que chance tengo yo, y miré si salió esto y se puede probar, Ud. tendría que ganar el pleito. Asegura va a ganarlo, nadie podría hacerlo en este momento. Pero un abogado no se mete en un pleito porque sí, es todo un safari, una pelea permanente y costosa; quien se mete porque sí en un pleito, se mete en un juicio de predecibilidad o de probabilidad; pero resulta que el abogado en la Sala 1 lo gana, en la Sala 2 lo pierde, en la Sala 3 lo empató al pleito; y eso quien lo determina: el bolillero. Esto no parece cierto, no parece que tengamos la certeza que estoy pidiendo yo. Y ya no solamente en aras de lograr la JUSTICIA, porque acá me dijeron que sí, acá que no, y aquí que "ni", frente al mismo y exacto problema, por razones de tecnicismos procesales.

3) La forma. No más formalismos, se nos dice. Pero nos olvidamos que el formalismo no es el formulismo, el formulismo es la forma; y la forma es el cumplimiento de una actividad, cuando una pareja va a casarse ante el jefe del Registro Civil, él realiza un rito que los declara marido y mujer; esa es la forma, lo que él hace; y lo que escribe es el acta, donde se constata que las formas se cumplieron. Los que entienden bien qué es la forma son los penalistas, porque forma es el tipo penal, el que matare, el que sustrajera, el verbo que emplea el Código Penal es la forma. Nosotros dictamos sentencia por una forma, se demanda por una forma, el Proceso es una forma y de esto no podemos escaparnos porque es la actividad que es necesario realizar para obtener un resultado. El proceso es forma. El Proceso no es otra cosa que una serie consecutiva de instancias bilaterales, dicho en palabras más simples, es un método pacífico y dialéctico de debate. Pero para que sea tal, tiene que tener una forma que asegura que las

juez debe ser imparcial y con esta palabra tomo la imparcialidad, la imparcialidad y la independencia, y un debate que ha tenido una afirmación, una negación, una confirmación y una evaluación. Y de esa forma ninguno de nosotros puede salirse. No es que se trate de borrar todo esto. Se trata de cumplirlo para que el juez pueda llegar al dictado de la norma jurídica individualizada que es la sentencia, objeto del proceso.

4) La carga de la prueba. Los romanos estaban preocupados acerca de quien debía probar. Y desde siempre se entendió que el que afirmaba era el que probaba, por eso decían que la prueba era siempre a cargo del actor y luego que la prueba era a cargo del demandado cuando excepcionaba. Se decía "la acción" es probada por el actor, "la excepción" es probada por el demandado.

Habrán sido necesarios cerca de 2.000 años para que el ordenamiento del sistema comprendiera que esa era la regla del juego. Ya en este siglo se advirtió que las reglas eran insuficientes, porque hay cosas que se afirman y no pueden ser probadas. Por ejemplo, si yo afirmo ante Uds. ser casado, puedo probarlo con la partida de matrimonio; que soy viudo, con la partida de casamiento y de defunción de mi mujer; que soy divorciado, con la de casamiento y la sentencia de divorcio; soy soltero, no puedo probarlo ante Uds.. Hay hechos de tipo positivo que son de prueba imposible. Segundo, los hechos negativos, los que expresan pura negación, son hechos imposibles de probar. No me digan que todo hecho negativo se convierte en uno positivo, porque no es así. Si yo digo ante Uds. que no soy comunista, no puedo probarlo. Porque me dirán, si esto quiere decir que Ud. es un católico de comunión diaria, no tiene nada que ver. Yo puedo ser un quinta columnista en la comunión y puedo ser un comunista adentro in pectore. La prueba es el Sr. Astiz que está en un lado y en el otro al mismo tiempo. Si aceptan el hecho advertirán también que hay cosas negativas que no pueden ser probadas. Hay cosas que aunque resulten positivas, su prueba es de tan enorme coste que hay que relevarlas de eso; por ejemplo, en materia cambiaria durante un siglo, tuvimos nosotros el protesto no para habilitar la ejecutividad del título sino para probar de un modo harto fehaciente con la presencia del escribano, la presentación al cobro de un título y su consecuente no pago. ¿Qué dijeron los comercialistas?. Este es un negocio de los escribanos que hay que desterrarlo rápidamente. ¿Cómo?. Vamos a darle el carácter ejecutivo al título sin pasarlo por el

había que presentar al cobro la letra, cómo se paga una letra si no se presenta al cobro. Entonces, lo que tuvieron que haber dicho, hemos dispensado del único medio de prueba que era el protesto, pruebe con dos testigos, pruebe con cualquier otro medio de prueba que se presentó al pago, no le generaron la carga de la prueba al demandado y entonces que ahora resulta, que si yo firmo la letra de cambio, tengo que probar que el día del vencimiento no vino a serme cobrada, ¿cómo lo pruebo?, pongo un escribano en la puerta de mi casa de las 8 de la mañana hasta la puesta del sol, para que acredite que no vino mi acreedor. Y como hago con los pagarés a la vista, que se han puesto de moda en todos los bancos. Como hago por fin, con el pagaré a la vista, pagado en el domicilio del acreedor, por Dios, que ponga el Banco un escribano en cada ventanilla durante todos los días del año, para ver si el banco me lo presentó o no al cobro, esto es una estupidez. Aunque esté en la ley, y cuando advertieron que era una estupidez entonces inventaron la contrapartida, la teoría de la colaboración del acreedor. El acreedor debe colaborar con su deudor presentándole la letra, hemos hecho toda la involución y llegamos al comienzo: ahora tiene que probar el acreedor que presentó la letra en una suerte de colaboración con el deudor. Hemos llegado al comienzo, pero dejando jirones en el camino, es imposible probar eso.

En los años 60 no se hablaba todavía de los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos. Y se venía discutiendo quien debía cargar con la demostración de la falsedad de una firma de un documento cambiario, dentro de la ejecución cambiaria. Se decía que siendo el pagaré o la letra de cambio, un documento privado, cuando era desconocida la firma por la vía de la excepción de falsedad, su autenticidad tenía que ser acreditada por el actor que era el que estaba intentando cobrarla, no se habían dado cuenta las Cámaras Nacionales de Comercio que eso decían 35 años atrás en la Capital Federal, que ese documento tiene una presunción de certeza, por eso estaba habilitada la vía ejecutiva. En la Cámara especial, que era la Cámara Nacional de Paz se empezó a decir que a quien el correspondía la prueba, era a quien había deducido la excepción de pago. Algunos so-pretexto de que allí se había alegado la existencia de un hecho extintivo. Pero otros, dijeron no, le corresponde al demandado, porque él sabe donde hay firmas auténticas, cosa que no tiene porqué saber el ejecutante; y entonces acuñaron la frasecita que hoy nos convoca porque al demandado ejecutado le es más fácil probar que al actor. El

en la escribanía tal, en la policía federal, y en tal parte, vayan y comparen. Pudiera haber dicho simplemente es un hecho extintivo, pero no se sabía en ese momento, Santiago Sentis Melendo estaba trayendo las traducciones de los tratadistas italianos, de los alemanes, no conocíamos esto de los hechos y pareció, sonó bien al oído, que era más fácil la prueba.

Uds. se darán cuenta de que la facilidad como rasgo determinante de quien debe probar, relativizó toda cuestión judicial. Termina esto en un fallo plenario de las Cámaras de Capital Federal (La Ley) que generó un hermoso artículo también publicado en La Ley, de Isidoro Eisner, que puso mientes, acá de lo que se trata es de un hecho extintivo no de una prueba fácil y ese articulito de Eisner, generó un pequeño libro que se llama "La Prueba Civil" que lo editó la Asociación de Abogados de Buenos Aires donde por vez primera en el año 66, 67 los argentinos nos desayunamos, de que la prueba había que verla en función de 5 tipos de hechos: el hecho constitutivo de la obligación cuyo cumplimiento se pretende; el hecho extintivo de ese hecho; el hecho invalidativo del hecho extintivo; el hecho convalidativo del hecho invalidativo del hecho extintivo del hecho constitutivo. Con un ejemplo se entiende perfectamente, le presté plata a Juan y no me la devolvió, quiero que me la devuelva. Me dice; no me prestó. ¿Qué tengo acá ?. Un hecho constitutivo de una obligación que ha sido negado. Quien debe probar, obviamente, yo. Haré un hecho constitutivo que al ser negado, obviamente la carga probatoria pesa sobre mi cabeza. Pero si Benabentos me da plata y me dice, le pagué. Este le pagué implica la aceptación implícita del hecho constitutivo del préstamo por tanto yo ya más nada pruebo. Pasa ahora a probar él, que el ha hecho extintivo el pago, si el prueba el gana, si no prueba gano yo, sin hacer nada, mirando el techo. Puede ser que yo le diga, efectivamente Ud. pagó, pero Ud. le pagó a Pedro, no a mí, por lo tanto ud. pagó mal, y si paga mal paga dos veces; ¿que hice yo?, alegué un hecho invalidativo del pago y en su caso ya nadie más habla del pago, ni se prueba, ni se discute, ahora la discusión pasa por si se dió o no el hecho invalidativo de ese pago; y ahí apuntan los cañones, pruebo yo, él mira el techo, yo pruebo yo gano. No pruebo, gana él. Me contesta efectivamente yo le pagué a Pedro, pero Ud. le dió el mandato para cobrar el dinero, y después recibió la plata que yo le dí al falso mandatario. ¿Qué hizo?. Alegó un hecho convalidativo del falso pago y ahora sobre qué versa la prueba. Sobre esto, ya no se prueba más el hecho constitutivo, nos olvidamos. No se prueba más el hecho extintivo, nos olvidamos. Solamente el convalidativo, y ahora

si se prueba gana él, sinó gané yo. Miré con qué simpleza se demostró al mundo cuál era el resultado judicial y estos cuatro hechos, son los hechos que están fundamentando las excepciones procesales, el juez incompetente, etc.. Estos hechos nos costó mucho esfuerzo comprenderlos, pero al tiempo los jueces dejaron de hablar de eso. Poco tiempo después apareció en el horizonte legislativo argentino, una ley, que nos vino otra vez a golpear. Fue la 15.775 para los viejos les cantó el número, era la ley de Emergencia Locativa, que había creado la causal de puidencia del inquilino. En ese entonces las locaciones estaban perversamente amparadas, había gente que pagaba \$ 7 por una casa y ganaban todos muy buen dinero, porque trabajaban el padre, la madre y los dos hijos, entonces la ley dijo, "siempre que el conjunto de habitantes de la casa gane una cifra de dinero que le permita pagar un alquiler actualizado del orden de los \$ 200 mensuales, por ejemplo en la época, pierden el amparo de la ley de seguir pagando los \$ 7 o 14 y tienen que pagar el alquiler actualizado y esto se llamó puidencia del inquilino, se permitía desalojar al inquilino puidiente entendiendo por tal entonces, no aquel que era rico, sino el que tenía un ingreso suficiente como para poder pagar un alquiler actualizado.

Era muy difícil para el actor, propietario de la finca, probar que el inquilino ganaba el dinero, era un cuentapropista o estaba disimulando sus ingresos, en ese momento no había secreto fiscal de la D.G.I. y entonces había un montón de demandas que caían en el olvido, rechazo. Entonces los jueces con competencia en materia de desalojo, empezaron otra vez a desplazar la prueba hacia el demandado, a él le es más fácil probar, porque él tiene que decir, cuales son sus ingresos. Y entonces, se inventó una frase que ha vuelto a salir en los últimos tiempos, la "solidaridad" en materia probatoria. La solidaridad entendida como buenos amigos, yo soy solidario con él si en su enfermedad lo atiendo, soy solidario con él si él no puede probar en contra mío, salgo a probar yo para que me echen. Las partes en litigio quieren matarse, se quieren hacer zancadillas, quieren herirse, uno quiere matarlo al otro, pero nos exigen solidaridad probatoria. Yo voy a ayudarlo para que él pruebe que mi hecho fue simulado. Yo juro que no puedo comprenderlo, no alcanzo a entender como es posible que al que yo quiero matar, tengo que ayudarlo a que él me mate a mí. Esa solidaridad, hoy se habla de cooperación. Las partes tienen que cooperar para alcanzar a la verdad real. Un día, yo, siendo integrante de la Cámara de Paz letrada de la ciudad de Rosario tenía competencia en ese entonces, en materia

de desalajo y tenía un viejo magistrado que compartía la Cámara conmigo, que un día vino con unas setencias, alegre el hombre, he encontrado la piedra filosofal en materia de pudencia, la carga probatoria incumbe ambas partes por igual, me dijo. Un hombre mucho mayor que yo, le tenía un enorme afecto y mayor respecto, y le dijo, Héctor pero pensaste lo que estás diciendo, por supuesto. Le sacaste las conclusiones a esto; por supuesto. No te sentís mal si te digo que es una estupidez lo que estás diciendo. Como me decís eso Adolfo, estábamos en un café en la deliberación interna de la Cámara. Le digo decime una cosa, le hice toda una pregunta con un sentido docente para que no se sintiera mal, vos entendés que la carga de la prueba no es una actividad que la ley le exige a las partes, sino una regla de juzgamiento que le indica al juez cuando no hay prueba. Nos lo acaba de decir nuestro presidente, el juez tiene dos reglas para fallar. Sino hay ley, si hay ley oscura la interpreta, si no tiene norma específica se va a la ley análogo, y si no la tiene la crea. Por tanto el no liquiet, no existe más en el derecho argentino. El sobreseimiento, la sentencia absolutoria de la instancia no existe, aquí hay que fallar. Pero el Código Civil no dice que hacer cuando no hay hechos que puedan ser tomados en cuenta, es decir cuando no hay hechos probados y para esto se le da la regla de la carga de la prueba. Entonces, el juez se pregunta quien debía haber probado y no probó y hace este juego de los hechos y cuando llega al hecho invalidativo, quien lo alegó, fulano, probó, si, ese gana; el que no probó ese pierde. Predecibilidad, la matemática procesal, se donde estoy parado, entonces cuando vos decís, que incumbe por igual la carga a las dos partes, te pregunto con todo respeto, si no hay prueba quien pierde el pleito. Si toda la carga se ha generado para que cuando no haya prueba ese pierda el pleito y la misma exacta carga pesa por igual sobre las dos partes antagónicas y el juez dice: no hay prueba. Pregunto ¿quién gana el pleito?, y me contestó: lo empatan. No hay empate en materia procesal.

En la década del 60 cayó a la Ley Nacional y de allí cayó a la ley entrerriana. En un artículo que dice exactamente lo mismo en dos párrafos, uno arriba del otro. Primer párrafo dice: incumbirá norma inédita en la república argentina, 363; incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido. Me quedaría allí porque después dice de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga la obligación de conocer. Lo que está mostrando que la ley en sentido material no formal es un hecho para el juez y hay que probársela también. Pero la norma quedaría lista afirme

la existencia de un hecho controvertido. Claro, si no hay hecho controvertido no hay materia probatoria. Y después le pusieron abajo, con mayor precisión técnica, lo mismo que decía arriba. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma que invoque como fundamento de su pretensión. ¿Cuál es el presupuesto de hecho de mutuo?. El préstamo. El hecho del préstamo, si me lo niegan debo probar el hecho controvertido del préstamo, que es el presupuesto de hecho del mutuo que quieren que me devuelvan. De acuerdo que dice lo mismo la norma. Cuando esto llega por fin al sumun de la perfección, porque hemos dicho que fines del 70 hemos logrado la legislación de lo que tanto esfuerzo concitó en la década del 40, del 50 y del 60. Ahora resulta que esto no nos sirve para ciertos pleitos respecto de los cuales los jueces quieren hacer justicia. Porque quieren invertirla a la carga probatoria. Y como no pueden invertirla judicialmente, y el legislador tampoco la invierte, y cuando la invierte el Presidente les veta la ley, entonces empezamos a jugar ahora con que la carga es movable.

Y ahora voy al 4) punto y voy a explicarles ¿Qué es una carga?. Si yo pongo el famoso triángulo equilátero para mostrar la figura de proceso con el juez y las partes en situación de igualdad de lados, triángulo equilátero, las partes de la base encontradas en igualdad frente al juez, esa es la equilateralidad que quiere mostrarse. Si yo pongo esto y tiro unas rayas que puedan romper el esquema del triángulo, me encuentro con que hay un plano horizontal, el del proceso que se da entre actor y demandado. Quiero juntar de a dos sujetos no?, tiro el rayo, lo dejo al juez afuera, actor y demandado, tiro la raya vertical puedo tender a actor y juez, demandado y juez. En el plano horizontal se dan exclusivamente las obligaciones, entendiendo la palabra obligación en el preciso sentido técnico de la sintituta. La obligación es el vínculo jurídico que permite a una persona, llamada acreedor constreñir el cumplimiento de una prestación a otra, llamada deudor, según las reglas del derecho civil. Esa obligación no se da jamás respecto al juez, el juez no tiene obligación de fallar, no podría constreñirlo, las partes no tienen la obligación de comportarse con lealtad y patriotismo, porque no pueden ser constreñidas. Entonces en el plano vertical del juez a las partes, de las partes al juez, no se deben obligaciones, se dan deberes. Y así como el incumplimiento de la obligación es constreñible, el incumplimiento del deber es sancionable, que el juez no falla, le ponemos una multa, un retardo, lo echamos,

mala fe, la sancionamos, le ponemos multa. Que el juez no se excuso mediando causal, lo sancionamos, lo enjuiciamos, lo echamos, se sancionan; y acá se constriñen. Pero me queda una sola palabra que es la carga, son los tres imperativos jurídicos del proceso. En un plano insular alrededor del concepto de actor y de demandado, nunca respecto del juez, que no tiene cargas, tiene solamente deberes, se dan las cargas, imperativos jurídicos del propio interés. Que significa, que nadie puede constreñir a la parte sobre una cierta cosa, ni sancionarla si no la hizo. Entonces de que se trata, de que haga algo para que mejore su función procesal. Mirá, te doy la chance de contestar sinó contestas, le aplico ciertos efectos, te doy por ciertos los hechos expuestos, te doy la presunción en tu contra o no te escucho nunca más. No te obligo, no te impongo el deber, es un imperativo, que lo hacés si querés, si lo hacés mejorás tu posición, si no lo hacés demeritas tu posición. La carga como tal tiene siempre tres elementos, no hay carga que no tenga tres elementos. Una orden comparezca, conteste, pruebe. Carga implica, recurra. Carga implícita, alegue. Carga expresa, un plazo, tres días para comparecer, quince para contestar, diez para tal caso, y un apercibimiento, una advertencia de lo que a la parte le ocurrirá sino hace la orden en el plazo cumplido, venga en tres días bajo apercibimiento de rebeldía, conteste en quince días bajo apercibimiento de tener por cierto los hechos expuestos, etc..

En materia probatoria fíjense uds. que este elemento de carga no se presenta como lo acabo de mostrar yo, no es que las partes deban probar, es un imperativo de ellas el arrimar la prueba en orden al hecho controvertido de que se trata, con la advertencia implícita de que si no acreditan como el juez espera que lo acredite se aplicará la regla de juzgamiento contenida en el art. 363 del código de Entre Ríos.

Bueno, y ahora el final, marcamos el origen del problema, los pleitos de difícil solución, cuales son los valores que están en juego, la justicia, la certeza, que se entiende por prueba y hechos a probar y que es una carga probatoria. Y ahora, ¿cómo estamos parados hoy?.

Miren habíamos llegado al sumun de la perfección técnica, más allá de la justicia o de la injusticia, técnicamente fue necesario llegar al año 1970, es decir 3900 años de derecho para llegar a la norma del art. 363. Pero esta norma no nos sirve para hacer justicia, valor que se tiene en cuenta en demérito de la certeza en un caso concreto; y entonces, para poder solucionar justicieramente ciertos pleitos donde la prueba es difícil o diabólica para el actor, supliendo una

actividad legislativa que en 100 años el legislador no permitió que surgiera, la responsabilidad de los médicos, hemos vuelto a relativizar el concepto de quien debe probar. Y que bueno hasta ahora, pero cuando lo hemos hecho, al momento de sentenciar. Y esto es ilegítimo, esto es muy malo porque si yo me pongo a jugar al fútbol con uds. y en mi entender gana el que más goles tiene, y al final del partido el gordito dueño de la pelota, me dice que el que gana es el que menos goles tenía, me cambiaron las reglas del juego durante el partido.

En Colombia contamos un cuento, dicen que un Sr. con fortuna llega a jugar al póker entre unos espantosos, tramposos que estaban juntos, le enseñan a jugar, ven que tiene dinero, le dan las reglas del juego, y en un momento dado cuando tienen todas las fichas puestas sobre la mesa, la pechugita tierna muestra el juego máximo posible, que es la escalera real, cinco cartas en escalera del mismo palo, y cuando va a llevarse el pozo, uno de los gavilanes le pega un golpe a la mesa y dice no, no, acá en esta mesa gana piripipí, que es piripipí, es 7, 8, 9 y dama, el juego más chiquito, más absurdo, que no tiene ninguna combinación posible, pero no fue lo que me dijeron, si pero en esta mesa estamos todos de acuerdo y gana, piripipí, es el juego más chiquito, en el póker y le llevaron la plata. Repone el su dinero, después de un rato largo se invierte la situación, el gavilan duro canta escalera real y la pechuga esta dice, pero yo ahora tengo piripipí y muestra contento sus cinco cartas desiguales, ah no le dice, en esta mesa piripipí gana una sola vez en la noche. Volvió a perder. Esto es lo que pasa con las cargas dinámicas probatorias, jugamos al piripipí. Yo acepto, no hago cuestión personal de quien debe probar, me da lo mismo actor o demandado o el Papa, es igual, lo que pretendo es saber antes del período probatorio quien debe acreditar en el sentir del juez, porque la ley dice una cosa, si al momento de sentenciar me van a generar una carga distinta de la que dice la ley, esto se llama ilegitimidad en todas partes del mundo. Me cambiaron las reglas del juego, me hicieron piripipí ante escalera real, yo vengo ganando el pleito, demandado, porqué, porque el actor no la probó y el juez al sentenciar me dice, no, en este Juzgado tiene que probar el demandado; y de donde sale eso?, de las modernas doctrinas, pero si la ley dice otra cosa. Yo acepto que el juez llame a una audiencia y diga mira en este Juzgado, así como dice los escritos son de tantas hojas, diga en este Juzgado prueba el demandado, el actor hará las reservas que quiera, pero sabe cual es la regla del juego, sabe que el gordito de la pelota no le va a cambiar al momento final del partido, le va a

decir, quien gana y quien pierde cuando había ganado. Me parece que puede ser una salida, si quiere seguir adelante con el problema este de inversión de la carga de la prueba. Pero estoy seguro, que invertirla al momento de sentenciar en contra del texto expreso de la ley, dando incerteza al sistema jurídico, aún cuando se haga con el mejor de los pretextos justicieros, esto es cometer un acto ilegítimo; y esa ilegitimidad provoca mayor incerteza y la incerteza judicial siempre provoca que la sociedad se desarraigue. Si todo el mérito del proceso es lograr evitar la fuerza ilegítima en una sociedad, nos van a llevar de la mano hacia eso, cuando no se hace justicia, recurrentemente en un mismo lugar, y respecto de la misma gente, terminamos disociándonos, y esto me parece de una gravedad extrema.

Termino, yo creo que no hay cargas dinámicas, la carga es un concepto jurídico como la compraventa, no hay compraventa dinámica, no hay buena fe dinámica. El sintagma de buena fe, quiere decir lo mismo en los últimos 3000 años, cuando D'Antonio habla de un buen padre de familia, entendemos que quiere decir, sabemos que es un buen padre de familia, aunque no podamos definirlo. Es el paradigma de algo, cuando hablamos de carga todos entendemos de que se trata, un imperativo jurídico del propio interés; y está muy claramente definido, primero en 2000 años de construcción y luego en la ley. Es ^{ir}vrazonable que nos apartemos de ella, socapa de que hay que hacer justicia en un caso concreto. Esto, es una respuesta ^einminentemente política que tiene que ver en definitiva con las facultades, derechos y deberes de los jueces; es decir, esto tiene que ver con un tipo de juez, filosófica, políticamente armado en la sociedad en la cual vivimos y de ese tema va a hablar ahora, Omar Benabentos.

Paraná (ER) 12 junio 1998

