

# **¿ACTORI INCUMBIT PROBATIO? PRESUNCIONES Y CARGAS DE LA PRUEBA REPENSADAS: COMMON LAW VERSUS CIVIL LAW**

**José Domingo Rivarola\***

*¿A quién corresponde la carga de la prueba?  
¿Qué función cumplen las presunciones en  
materia probatoria? ¿Qué criterios debe seguir  
el legislador para establecer presunciones?*

*La carga de la prueba influye de manera  
significativa en el desarrollo y resultado de los  
procesos. Es por ello que resulta de vital  
importancia que la misma se asigne  
razonablemente.*

*En el presente artículo, el autor realiza un  
interesante examen de las presunciones y  
cargas de la prueba, contrastando nuestro  
ordenamiento con el norteamericano.*

\* Master en Derecho por la Universidad de Virginia. Profesor de Derecho Civil y Destrezas Legales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Agradezco especialmente a Oscar Súmar, Director de Contenido de THEMIS, quien se tomó el trabajo de leer cuidadosamente una versión preliminar de este trabajo y de alcanzarme valiosos comentarios que lo han mejorado.

Pareciera que uno de los problemas más complejos que afrontan los jueces cuando tienen que decidir un caso, es cómo completar la historia que los abogados les han presentado. En efecto, el juez conoce el Derecho aplicable, sin embargo no conoce los hechos. Incluso está prohibido de aportar su conocimiento privado de los hechos al proceso. Sin embargo, ¿qué ocurre si no hay manera de completar la historia? ¿Quién gana y quién pierde?

La respuesta del amante del latín será *actori incumbit probatio*<sup>1</sup>, con esa belleza que caracteriza a los aforismos latinos, capaces de comunicar mucho con pocas palabras y con palabras sencillas. La respuesta del positivista será que para definir quién gana y quién pierde hay que atenernos al artículo 196 del Código Procesal Civil peruano, que establece que la carga de la prueba le corresponde a quien alega hechos que sustentan su pretensión, salvo disposición legal diferente.

Sin embargo, esta salvedad es muy importante porque cualquier ley general como el Código Civil o sectorial como la Ley de Telecomunicaciones, pueden cambiar la regla *actori incumbit probatio* y por lo tanto pueden cambiar el resultado de un caso y definir ganadores y perdedores<sup>2</sup>. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1969 del Código Civil dice que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor del daño, cambia la regla *actori incumbit probatio* por una regla diferente: se presume que las alegaciones del demandante son ciertas, que su versión de los hechos es cierta, y que el demandado actuó con culpa o hasta con dolo. Se presume entonces el dolo. Por supuesto que se admite prueba en contrario. Le corresponderá al demandado probar que actuó sin dolo. Sin embargo, ¿no nos habían enseñado que el dolo nunca se presume? ¿O que la mala fe nunca se presume? Parece que nos enseñaron mal. Los académicos interesados en la Teoría de la Prueba han abordado la carga de la prueba y las presunciones desde una perspectiva esencialmente dogmática sin necesariamente identificar las cuestiones de política que están detrás del antojo del legislador<sup>3</sup>.

En efecto, si asumimos entonces que la ley puede definir ganadores y perdedores asignando la carga de la prueba a su antojo, entonces quienes hacen las leyes

deben ir más allá del antojo y tener un conjunto uniforme de criterios para asignar la carga de la prueba y por ende definir con claridad cómo deben funcionar las presunciones legales denominadas *iuris tantum*, es decir, aquellas que admiten probar en contrario de las conclusiones presumidas. Nuestra intención es plantear cómo identificar estos criterios y demostrar que los mismos tienen una intensa relación con la finalidad que tiene o debe tener el proceso civil.

Para ello comparamos el proceso civil peruano, heredero de la tradición romano-germánica o de la tradición del *Civil Law*, como se nos suele llamar; con el proceso civil norteamericano, uno de los sistemas herederos del *Common Law*. El ejercicio será especialmente útil porque nos permitirá entender cómo funcionan las cargas de la prueba y las presunciones en un sistema procesal especialmente complejo, en el que cargas de la prueba y presunciones actúan en diferentes etapas del proceso. Ello contrasta con nuestro sistema, en el que la carga de la prueba y las presunciones son una preocupación del juez solo al momento de sentenciar.

Comenzaremos echando un vistazo al sistema procesal norteamericano para compararlo con el nuestro, identificando los criterios que pueden tenerse en cuenta para asignar presunciones y cargas. En el camino comentaremos varios ejemplos y casos extraídos de jurisprudencia relevante. Concluiremos nuestro análisis identificando algunos criterios para asignar cargas y establecer presunciones.

## I. JUECES SOLOS O ACOMPAÑADOS

Cuando se toma contacto por primera vez con el sistema legal norteamericano<sup>4</sup>, uno queda desconcertado ante la complejidad del proceso judicial. Y cuando ese primer contacto se convierte en conocimiento, se advierte que la complejidad no es sinónimo de eficiencia. Si bien el desarrollo económico de los países del *Common Law* es evidente, no parecería que ello se deba necesariamente a su sistema procesal<sup>5</sup>.

La primera complejidad reside en la coexistencia del sistema de jueces con el sistema de jurados. La regla de oro es que los jueces tienen a cargo la aplicación del Derecho mientras que le corresponde al jurado

<sup>1</sup> La prueba le corresponde al demandante.

<sup>2</sup> Cosa distinta ocurre en los casos penales, en los que constitucionalmente la carga de la prueba de los hechos que configuran responsabilidad penal le corresponde siempre al fiscal, sin que quepa variar legalmente esta situación. En ello reside la garantía de la presunción de inocencia.

<sup>3</sup> Micheli, Goldschmidt, Devis Echandía, entre otros.

<sup>4</sup> A lo largo del artículo, el uso de la palabra Norteamérica aludirá exclusivamente a los Estados Unidos de América.

<sup>5</sup> John Langbein, agudo crítico del sistema procesal americano, ha inspirado muchos de los puntos en este artículo. Ver LANGBEIN, John H. "The German Advantage in Civil Procedure". En: University of Chicago Law Review 52. 1985. pp. 823-831.

evaluar los hechos en función de las pruebas que hayan sido admitidas por el propio juez. Como veremos un poco más adelante, esta regla de oro tiene excepciones y ello agrega complejidad. En contraste, en el Perú así como en todos los demás países herederos de la tradición romano-germánica, existe únicamente el juez, quien investiga los hechos, admite las pruebas y dicta la regla de Derecho aplicable.

El jurado no es parte del escenario legal de nuestros países<sup>6</sup>, sin embargo tampoco es parte de nuestra cultura. En efecto, aunque en algunos países como España existen disposiciones legales para procesos con jurados, estas disposiciones rara vez se aplican, han caído en desuso o tal vez nunca se aplicaron. La explicación es sin duda la ausencia de una cultura de jurados. Algunos países europeos, sin llegar a una clara división entre jurados para los hechos y jueces para el Derecho, establecieron tribunales mixtos conformados por legos y abogados que decidían conjuntamente todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes del caso<sup>7</sup>. Hoy en día estos países europeos son países del *Civil Law* que cuentan únicamente con un sistema de tribunales profesionales integrados por hombres de leyes. Sin embargo, en Inglaterra se mantiene el sistema de jurados aunque únicamente para los juicios penales<sup>8</sup>.

La segunda complejidad, que se deriva de la primera, es la curiosa estructura de presunciones y cargas probatorias del sistema procesal norteamericano. La ausencia de jurados en nuestros países hace que la estructura de presunciones y cargas sea más simple. En parte debido a esto último es que no ha habido mayor debate entre nuestros académicos sobre cómo deben ser reguladas las presunciones y cargas. Existen, sin embargo, trabajos de corte descriptivo o positivista. Por el contrario, el debate sobre presunciones y cargas entre los investigadores norteamericanos ha sido abundante<sup>9</sup>. Como resultado, tienen un mejor entendimiento del tema, aunque no siempre un entendimiento integral de la interacción entre las presunciones y las cargas o de las cuestiones políticas que están detrás de las presunciones.

La tercera complejidad es que la carga de la prueba en el proceso penal norteamericano es diferente a la carga

de la prueba en su propio proceso civil. En el proceso penal, se requiere convicción de la culpabilidad más allá de la duda razonable. Sin embargo, en el proceso civil, como regla general y con excepciones, se requiere que el jurado encuentre que los hechos que sustentan la pretensión, a partir de las pruebas, queden verificados con una probabilidad mayor al cincuenta por ciento (50%). En nuestro sistema, las cosas son más sencillas: el estándar de convicción que el juzgador necesita para declarar fundada una pretensión civil es el mismo que el necesario para declarar fundada una pretensión punitiva, es decir, para declarar culpable al procesado. En ambos casos se requiere que las pruebas generen mayor convicción de que la pretensión es fundada que convicción de que no es fundada.

La cuarta complejidad reside en que la regla de oro consistente en que el jurado se encarga de los hechos y los jueces del Derecho, evidentemente no es aplicable en los procesos en los que no hay jurado. Así, en el proceso penal norteamericano, por lo menos a nivel federal, el acusado está obligado a tener un proceso con jurado y solo puede renunciar a éste en circunstancias muy limitadas<sup>10</sup>. Es por ello que, la industria televisiva y cinematográfica muestra normalmente al abogado litigante ejerciendo la defensa en un proceso penal. Sin duda, los procesos penales norteamericanos se prestan al espectáculo porque hay jurados y se suele caracterizar a estos como gente común y corriente que se deja persuadir por el histrionismo de los abogados más que por las pruebas.

El panorama del proceso civil norteamericano es menos espectacular y, sin embargo, más complejo e interesante para desarrollar nuestro análisis comparativo. Debe pues notarse que, a diferencia del proceso penal, el proceso civil norteamericano tiene un sistema dual para resolver la controversia. Los procesos sin jurado y los procesos con jurado. En los procesos civiles con jurado, sistema ajeno a la realidad peruana, las cargas y las presunciones actúan sobre las pretensiones de las partes a manera de una estructura con filtros rigurosos diseñados para que a lo largo del proceso solo subsistan las pretensiones más verosímiles. La naturaleza dual del sistema procesal civil norteamericano hace que las cargas probatorias y

<sup>6</sup> Entre los siglos XVI y XVIII, países como Francia, Alemania e Inglaterra tuvieron sistemas de jurado.

<sup>7</sup> SCHIOPPA, Antonio Padoa (editor). "The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900". Berlin: Duncker & Humblot. 1987. pp. 7, 10.

<sup>8</sup> Ver THAMAN, Stephen C. "Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia". En: VIDMAR, Neil (editor). "World Jury Systems (Oxford Socio-Legal Studies)". Oxford University Press. 2000. pp. 319-320.

<sup>9</sup> Ver ALLEN, Ronald. "Burdens of Proof, Uncertainty, and Ambiguity in Modern Legal Discourse". En: Harvard Journal Law & Public Policy 17. 1994. p. 627. nota 2. Allen da cuenta de diversos estudios que representan más de 200 artículos escritos sobre presunciones y cargas. Sin embargo, Allen reconoce que estos estudios son "legales", en el sentido que solucionan la cuestión "técnica" y "formal" del problema de las presunciones y cargas.

<sup>10</sup> En el caso *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965) se declara constitucional el artículo 23 literal a de las Normas Federales del Procedimiento Penal, el mismo que requiere el consentimiento de un tribunal antes de que el acusado renuncie válidamente a su derecho a ser procesado con jurado. Antes del consentimiento del tribunal a la renuncia, el caso no puede verse sin jurado.

las presunciones actúen de manera diferente según el proceso sea con jurados o solo con jueces. Como ello depende de la naturaleza de la controversia suscitada, las cargas probatorias y presunciones tendrán distinto efecto según cuál sea la pretensión planteada por el demandante. Por ejemplo, si la pretensión es la ejecución forzada de contrato, no hay lugar al sistema de jurados. En cambio, si es daños y perjuicios, hay lugar a un proceso con jurado<sup>11</sup>.

En cualquier caso, en los procesos con jurado, el juez es el gran contralor de cómo funcionan las cargas y presunciones. En efecto, como resultado de su poder sobre el procedimiento, los jueces usan las cargas y las presunciones para controlar la calidad y la cantidad de información que las partes y sus abogados intentan hacer llegar al jurado (por ello es frecuente la pugna entre los abogados litigantes por plantear y defenderse de objeciones a la introducción de determinado material probatorio) y para controlar qué tipo de pretensiones son las que finalmente merecen llegar a la etapa decisoria del proceso y ser sentenciadas<sup>12</sup>. El jurado está a cargo exclusivamente de determinar los hechos que sustentan aquellas pretensiones que el juez ha permitido que lleguen a la etapa decisoria. Cuando se llega a esta etapa, el jurado recibe instrucciones del juez sobre cuál es el Derecho aplicable y permite que los jurados decidan sobre los hechos.

En el proceso civil peruano existen otros controles que actúan sobre las pretensiones de las partes para lograr que solo las más sólidas arriben a la etapa decisoria del proceso. Así, por ejemplo, el rechazo liminar de la demanda o improcedencia de plano (artículo 427 del Código Procesal Civil peruano) y el saneamiento procesal o despacho saneador (artículo 465 del mismo Código), se encargan de que algunas pretensiones queden en el camino por no cumplir con determinados presupuestos. En nuestro sistema, la carga de la prueba y las presunciones no cumplen la función de filtrar pretensiones poco sólidas de tal manera que solo algunas lleguen a la etapa decisoria, porque la etapa en la que el juez determina si la pretensión debe descartarse por no haberse satisfecho la carga de la prueba, es la misma etapa decisoria. No hay etapas previas en las que se pueda cumplir con la misma función. Tenemos entonces una primera gran diferencia entre ambos sistemas: en el sistema norteamericano, las presunciones y cargas filtran pretensiones y restringen el trabajo de los juzgadores a los casos

realmente serios. En nuestro sistema, las presunciones y cargas no cumplen esta función y parecería que tampoco deberían cumplirla, porque existen otras herramientas con las que se logra la misma finalidad. Veamos entonces qué otras funciones cumplen cargas y presunciones, y qué funciones deberían cumplir.

## II. PRESUNCIONES

### 1. Nociones básicas: entre lo sustantivo y lo procesal

Se suele distinguir entre presunciones legales y judiciales. Las primeras son las fijadas en una norma mientras que las segundas son las creadas por el juez para el caso concreto. En este último caso, creemos que es más acertado hablar de razonamiento presuntivo y no de presunción judicial, porque el juzgador (sea éste un jurado o un juez) tiene libertad de razonamiento, en el sentido que le corresponde solo al juzgador determinar si de determinados hechos probados se derivan lógicamente o probabilísticamente otros hechos desconocidos. En las verdaderas presunciones, a nuestro criterio, las presunciones legales; hay una imposición de razonamiento por parte del legislador.

Las presunciones legales se dividen en presunciones *iuris et de iure* o absolutas (que no admiten "prueba en contrario") y presunciones *iuris tantum* o relativas (que admiten "prueba en contrario"). Las realmente interesantes para este estudio son las presunciones relativas porque es en ellas que el razonamiento crítico del juzgador tiene un rol fundamental en decidir quién gana y quién pierde el caso. En efecto, la prueba en contrario permite que quien comienza el proceso perjudicado por la presunción, pueda demostrar al juez que el hecho presumido no se produjo en la realidad. En estricto, las presunciones relativas desplazan la carga de la prueba y la colocan sobre la parte que empieza el proceso con una presunción relativa en contra. Por ello, finalmente las presunciones son como las "primas hermanas de la carga de la prueba"<sup>13</sup>.

Incluso, dudamos de que las presunciones absolutas deban ser llamadas "presunciones" porque se trata más bien de asunciones o consecuencias legales impuestas por el legislador a partir de un supuesto de hecho, en ese sentido, no encontramos diferencia práctica entre las llamadas ficciones y las presunciones absolutas (artículos 278 y 283 del Código Procesal Civil

<sup>11</sup> Ver *Tull v. United States*, 481 U.S. 412 (1987).

<sup>12</sup> De acuerdo a las tablas estadísticas del Sistema Judicial Federal para los tribunales distritales de los Estados Unidos de América, durante el período de 12 meses que termina el 31 de marzo de 2002, solo 1.9 por ciento (1.9%) de los casos que los tribunales atendieron, es decir 4766, llegaron a la etapa decisoria del proceso. Ver Informe preparado por la Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos de América. En: <http://www.uscourts.gov/caseload2002/tables/c04mar02.pdf>

<sup>13</sup> ALLEN, Ronald. Op. Cit. p. 627.

peruano). No elaboramos más del tema porque finalmente es un problema terminológico<sup>14</sup>, sin embargo, en adelante, cuando nos refiramos a las presunciones; entenderemos que son las presunciones legales relativas o presunciones *iuris tantum*.

Existe un gran debate doctrinario sobre si las presunciones son normas procesales o normas sustantivas. En el proceso civil norteamericano este debate tiene un impacto práctico porque puede darse el caso que un juez federal con sus propias normas procesales federales, deba aplicar normas sustantivas estatales para resolver el caso. Entonces, si las presunciones son procesales, las presunciones reguladas en normas estatales no se aplican. Si las presunciones son sustantivas, como creemos nosotros, entonces las normas estatales sí se aplican (por ejemplo, la presunción de negligencia en la responsabilidad extracontractual).

Éste, que es un problema típico de los sistemas federales, en nuestro sistema podría presentarse en un caso de Derecho Internacional Privado en el que el juez peruano, tramitando el caso bajo sus propias normas procesales, deba aplicar normas sustantivas de otro Estado porque, por ejemplo, las partes del contrato así lo han pactado. Si las presunciones se consideran procesales, entonces sí se aplicaría la presunción del artículo 1329 del Código Civil al incumplimiento de un contrato regido por ley colombiana. Si las presunciones se consideran sustantivas, entonces no se aplicaría la presunción del artículo 1329, y habría que mirar las presunciones establecidas por la ley colombiana.

Creemos que corresponde adoptar una visión funcional para determinar si las presunciones son procesales o sustantivas y, más allá de las definiciones, lo que debe tenerse en cuenta es que las normas procesales están relacionadas a la conducta de las personas dentro de las salas de los tribunales mientras que las normas sustantivas modelan, a través de premios y castigos, la conducta de las personas fuera de las salas de los tribunales y antes de que siquiera exista controversia<sup>15</sup>.

Si bien las normas procesales también crean incentivos para que las partes se comporten de una manera u otra dentro del proceso (por ejemplo, el principio del vencimiento en la condena a costas y costos –artículo 412 del Código Procesal Civil

peruano– o la conducta procesal como sucedáneo de los medios de prueba –artículo 282 del mismo Código), las normas llamadas sustantivas son las que definen quién gana y quién pierde el caso. Y qué duda cabe que regular una presunción de una manera o de otra, en un caso con información incompleta, es determinante de quién gana y quién pierde. En la jurisprudencia norteamericana, se considera que una presunción es determinante del resultado y por ende debe ser considerada sustantiva. En el Perú no hemos encontrado jurisprudencia que defina la cuestión. Sin embargo, lo importante es determinar qué criterios debe guiar el establecimiento de presunciones. ¿Se trata solo de generar incentivos para que las partes se comporten con eficiencia?

## 2. ¿Deben ser los jueces sacerdotes confesores?

La pregunta que surge es si los jueces deben simplemente resolver la controversia sobre la base de lo que las partes les presentan y tomar en cuenta la posición que les genera más convicción a pesar de que ninguna les convenza totalmente, o si deben hacer confesar a las partes qué es lo que realmente ocurrió. Esta dialéctica entre verdad formal y verdad material ha sido resuelta en el sistema norteamericano a favor de la verdad material. En nuestro sistema procesal la opción es parecida, aunque con algunas notas a favor de la preclusión en sacrificio de la verdad.

El objetivo de encontrar la verdad es dominante en el diseño de las Normas Federales del Procedimiento Civil norteamericano. El Código Procesal Civil peruano privilegia el objetivo de solucionar la controversia con justicia, aunque no desdeña la búsqueda de la verdad como objetivo. En efecto, el artículo 194 del Código Civil concede al juez poderes para actuar pruebas de oficio y para investigar los hechos más allá de la declaración de rebeldía (artículo 461 inciso 4). Sin embargo, una muestra contundente de que el sistema procesal norteamericano nos lleva ventaja en lo que a la búsqueda de la verdad se refiere, es que si la aparición de nuevas pruebas demuestra una verdad diferente a la que se estableció en la cosa juzgada, se permite dejar sin efecto la misma<sup>16</sup>. La regulación de la cosa juzgada fraudulenta en el artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil no permite reabrir un proceso simplemente por la aparición de nuevas pruebas.

<sup>14</sup> Entre los autores norteamericanos, la confusión terminológica es aún más grave. Ver LILLY, Graham C. "An Introduction to the Law of Evidence". Tercera edición. West Group. 1996. sección 3.3. p. 63. El autor da cuenta de términos y clasificaciones tan distintas como: presunciones de ley, presunciones refutables, presunciones irrefutables, presunciones concluyentes, presunciones permisivas, y así sucesivamente.

<sup>15</sup> Ver SANCHIRICO, Chris. "Character Evidence and the Object of Trial". En: University of Columbia Law Review 101. 2001. pp. 1227, 1230. (En adelante el Objetivo del Juicio).

<sup>16</sup> Por ejemplo, supongamos el siguiente escenario: (i) un marido piensa que el niño que su mujer acaba de dar a luz es hijo de otro hombre e inicia acción cuestionando su paternidad. El padre tiene éxito; (ii) Posteriormente, como resultado del progreso de la ciencia, la prueba de ADN se hace disponible; (iii) De acuerdo con las Normas Federales del Procedimiento Civil norteamericano, la madre puede buscar la exoneración de la sentencia final otorgada y atribuir la paternidad a su marido sobre la base de las pruebas de ADN. Ver las Normas Federales del Procedimiento Civil norteamericano (FRCP por sus siglas en inglés), Norma 60 literal b numeral 2.

Parece entonces que los jueces están llamados a actuar como sacerdotes confesores y a extraer la verdad histórica<sup>17</sup> o por lo menos acercarse a ella. Desde esta perspectiva, las presunciones deberían fijarse con un fuerte vínculo probabilístico entre los hechos primarios o hechos de base para que opere la presunción y los hechos secundarios o hechos presumidos. Sin embargo, ¿qué implica un fuerte vínculo probabilístico? ¿Implica convertir al legislador en matemático? Posiblemente sí.

Desde hace mucho tiempo los abogados, y los que no lo son, han definido y usado el término presunción para referirse a la facultad de la mente humana de sacar conclusiones basándose en los diferentes niveles de probabilidad entre el hecho probado y el hecho supuesto. En realidad, durante el siglo doce y aún hoy en día, está de moda decir que el mundo real está lleno de incertidumbres que necesitan resolverse a través de conclusiones científicas, por ejemplo, conclusiones basadas en métodos cuantitativos como son las estadísticas y las probabilidades. La idea general es que estos métodos proporcionan una base racional para perfeccionar el proceso mental de deducción que, en ausencia de tales métodos, sería meramente intuitivo<sup>18</sup>.

Lo cierto es que las presunciones eliminan las incertidumbres solo racionalmente. Si el objetivo del proceso judicial y, por lo tanto, de las presunciones, es resolver incertidumbres de manera racional, las presunciones deberían ser creadas teniendo en cuenta que el hecho secundario será inferido del hecho principal de una manera racional. Así, el vínculo entre el hecho primario y el secundario será siempre un vínculo de probabilidades.

A pesar de este aparente concepto dominante de búsqueda de la verdad, en la exposición de motivos de las Normas de Evidencia Federales se reconoce que la búsqueda de la verdad es solo un factor con igual peso que otros factores detrás de la creación de presunciones. Así, se ha señalado lo siguiente: "Las mismas consideraciones de justicia, política y probabilidades que dictan la asignación de las cargas

de los diversos elementos de las pretensiones y defensas de demandantes y demandados, son las que fundamentan la creación de presunciones"<sup>19</sup>.

Si el propósito del proceso civil es el descubrimiento racional de la verdad, resulta sorprendente entonces que algunas veces encontremos presunciones diseñadas únicamente como un débil vínculo probabilístico entre los hechos primarios y secundarios. La razón fundamental para crear presunciones con débil vínculo probabilístico podría ser eliminar las incertidumbres a efectos de resolver finalmente y de manera preclusiva la controversia o evitar que ésta se genere, más no necesariamente encontrar la verdad de manera racional. Así, por ejemplo, se ha concluido que "(...) las presunciones legales tienen principalmente una función sustancial y extraprocesal, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar o patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio (...)"<sup>20</sup>. Nótese que para el autor citado la función sustancial o extraprocesal implica eliminar incertidumbres y la función indirectamente probatoria es la búsqueda de la verdad material.

Sin embargo, más allá de la búsqueda de la verdad racional y el objetivo de eliminar incertidumbres evitando que una controversia se promueva o solucionando la que surgió de manera final y preclusiva, el propósito del proceso también puede ser el establecimiento de incentivos. Consecuentemente, las presunciones deben ser analizadas desde una perspectiva *ex ante*, también llamada perspectiva creadora de incentivos o perspectiva externa al tribunal.

Hasta acá hemos concluido que detrás de las presunciones existen factores de búsqueda de la verdad, eliminación de incertidumbres o creación de incentivos. Asimismo, hemos expresado que las presunciones son vínculos probabilísticos, fuertes o débiles, entre dos hechos (uno conocido y otro desconocido).

Sin embargo, no siempre es fácil distinguir qué es una

<sup>17</sup> Por hechos históricos queremos decir "lo que efectivamente sucedió en el mundo real fuera del tribunal". Debemos notar que las afirmaciones de hecho traídas por las partes al proceso y hasta ese grado pueden o no pueden ser consistentes con los hechos históricos que dieron origen a la controversia. La falta de coincidencia entre los hechos históricos y los hechos que las partes presentan puede depender de la diferente percepción de las partes sobre lo que realmente sucedió. Ver MILLER, Richard E. y Austin SARAT. "Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture". En: *Law and Society Review* 15. 1980-1981. p. 525. Asimismo, esta falta de coincidencia podría deberse a los testigos que mienten o los testigos que no son precisos porque su capacidad de percepción o memoria falla sin que ellos se den cuenta. (UVILLER, Richard H. "Credence, Character, and the Rules of Evidence: Seeing through the Liar's Tale". 1993. 42 D. UKE. LJ 776).

<sup>18</sup> FINKELSTEIN, Michael. "Quantitative Methods in the Law". Free Press. 1978. p. 2. Aunque el autor se refiere al uso de métodos cuantitativos como un fenómeno reciente, también señala que G.W. Leibniz fue el primer abogado que analizó el Derecho desde una perspectiva matemática.

<sup>19</sup> Traducción libre del autor. La versión original es la siguiente: "The same considerations of fairness, policy and probability which dictate the allocation of the burden of the various elements of a case as between the prima facie case of a plaintiff and affirmative defenses also underlie the creation of presumptions". Comentarios del Comité Consultivo que revisó la propuesta de Reglas Federales de Evidencia propuesta por la Corte Suprema, en particular los comentarios al artículo 301.

<sup>20</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial". Cuarta edición. Volumen 2. Bogotá: Temis. 1976. p. 695.

cuestión de hecho y qué es una cuestión de Derecho<sup>21</sup>. Por lo tanto, cuando se trata de presunciones que vinculan *cuestiones de hecho con cuestiones de Derecho*, los criterios para regular y crear esta clase de presunciones podrían diferir de los criterios a ser utilizados en presunciones que vinculan *hechos con hechos*<sup>22</sup>.

¿Cómo analizar las presunciones que vinculan materias de hecho con materias de Derecho o viceversa y cuáles deben ser los criterios detrás de esta clase de presunciones? Sin duda, el criterio que fundamenta esta clase de presunción no puede ser la búsqueda de la verdad, porque este factor implica la existencia de un vínculo probabilístico y una cuestión de hecho no puede estar vinculada de manera probabilística a una cuestión de Derecho.

Tomemos las siguientes presunciones como ejemplos: (i) si una carta es dirigida a un destinatario y se envía por correo, se presume que el destinatario recibió la carta; (ii) si se encuentra un bote a la deriva con todos los tripulantes muertos y no hay causas externas (como por ejemplo, maretazos o huracanes), se presume que es porque el bote fue conducido de manera negligente<sup>23</sup>. La primera presunción vincula dos hechos y el factor de búsqueda de la verdad está claramente detrás. En efecto, esta presunción puede estar basada en la verificación empírica de que el servicio postal cumple con entregar todas las cartas en un noventa y nueve por ciento (99%)<sup>24</sup>.

La segunda presunción vincula el hecho con una conclusión de Derecho. Se trata pues de una presunción mixta. Ergo, hasta que no se defina el significado de negligencia y qué hechos equivalen a un caso de negligencia estándar, no podemos decir que hay un vínculo probabilístico entre un bote a la deriva y una maniobra negligente. Es así que las presunciones mixtas nos llevan a sospechar de la ausencia del criterio de la búsqueda de la verdad. Tómese nota que no estamos diciendo que tales presunciones no sean deseables. Por el contrario, nuestro argumento es que éstas no deberían ser analizadas bajo el paradigma de la búsqueda racional de la verdad sino que deberían ser analizadas a la luz del establecimiento de incentivos o la eliminación de incertidumbres.

Luego de haber identificado los criterios que pueden estar detrás de las presunciones, veamos cuál es la relación entre presunciones y cargas y si realmente se puede decir que las presunciones son las *"primas hermanas de la carga de la prueba"*.

### III. PRESUNCIONES EN ACCIÓN: ASIGNACIÓN DE CARGAS

Las presunciones, cualquiera sea el criterio detrás de su regulación (generación de incentivos para conductas eficientes, reducción de incertidumbres y controversias, búsqueda de la verdad), permiten la refutación del hecho secundario o hecho presumido. Decir que la negligencia se presume equivale a decir que la carga de la prueba de la negligencia la tiene el perjudicado con la presunción, ya sea que actúe como demandante (en una pretensión declarativa para que se diga que no actuó con negligencia deberá probar la ausencia de negligencia) o como demandado (defendiéndose frente a una demanda que le imputa negligencia y probando que no hubo negligencia). En suma, las presunciones asignan la carga de la prueba. Sin embargo, la carga de la prueba no es la única carga que soporta el litigante.

#### 1. La carga de alegación en la etapa postulatoria del proceso

Tanto el proceso civil norteamericano como el peruano, se inicia con una etapa postulatoria claramente definida. El primer paso que debe dar el demandante bajo cualquier sistema procesal, es alegar una serie de hechos que, conjuntamente con el Derecho aplicable, configuren su pretensión. Se trata entonces de cumplir con la carga de alegar.

En nuestro Código Procesal Civil, el incumplimiento de la carga de alegar trae como consecuencia la inadmisibilidad de la demanda. El incumplimiento de la carga de alegar se puede producir por omisión, es decir, cuando no se señalan los hechos relevantes que sustentan el petitorio (artículos 424 inciso 6 y 426 inciso 1) o cuando no hay adecuación, es decir, cuando los hechos que se alegan no tienen relación con el petitorio (427 inciso 5 del mismo Código). En el proceso norteamericano hay mayor flexibilidad porque no es necesario contar la historia, como veremos en el punto 2.

<sup>21</sup> JAMES, Fleming; HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. "Civil Procedure". Foundation Press. 2001. sección 3.7. p. 192. Cabe destacar que el sistema con jurado genera una necesidad práctica de distinguir los asuntos que son competencia de la decisión del juez de los que competen a la decisión del jurado, distinción que está enraizada en la regla tradicional que establece que las materias de hecho competen al jurado y las materias de derecho al juez.

<sup>22</sup> Esta complicación fue por primera vez descrita por Bohlen en 1920. Ver BOHLEN, Francis. "Mixed Questions of Law and Fact". En: University of Pennsylvania Law Review 72. 1923-1924. p. 111.

<sup>23</sup> La conocida doctrina *res ipsa loquitur* no es otra cosa que un razonamiento presuntivo para probar la negligencia y por ende es un razonamiento presuntivo que une cuestiones de hecho con cuestiones de Derecho. Para una amplia explicación véase BULLARD, Alfredo. "Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil". En: THEMIS-Revista de Derecho 50. Lima. 2005.

<sup>24</sup> Esta cifra no corresponde a la estadística real del desempeño del servicio postal.

La carga de la alegación implica la carga de afirmar, en primer lugar, cuáles son los elementos de hecho que configuran la pretensión. Por el contrario, cuando se trata de una defensa de fondo (*affirmative defense* en el sistema norteamericano), el demandado tiene la carga de la alegación de los elementos de hecho que constituyen su contestación.

Al prepararse para un proceso, los abogados deben mirar la ley sustantiva para poder identificar los elementos de hecho de la controversia que son parte de la demanda y los que son parte de la contestación o defensa de fondo. La asignación de la carga de la alegación entre las partes (o sea, quién tiene que decir qué) es una materia reservada a la ley sustantiva. Sin embargo, hay que ser cauteloso porque la ley sustantiva puede asignar la carga de la prueba utilizando el lenguaje de la presunción – “se presume el incumplimiento de los contratos” – o el lenguaje de la carga de la prueba – “la prueba del cumplimiento (pago) le corresponde a quien alega haber cumplido”.

La doctrina tradicional dispone que el demandante debe afirmar los hechos demostrando en su demanda los siguientes componentes o elementos: (i) la existencia de una obligación del demandado frente al demandante; (ii) el incumplimiento de esa obligación; (iii) la existencia de una lesión al demandante; y, (iv) una relación de causa entre el incumplimiento de la obligación y la lesión<sup>25</sup>.

Durante la etapa postulatoria, el papel de las presunciones es relevar a la parte de la carga de la prueba, con los distintos matices que correspondan según el tipo de proceso que, en ausencia de la presunción, recaería en ella. Así, por ejemplo, si bien la regla *actori incumbit probatio* prevista en el artículo 196 del Código Procesal Civil exigiría que el demandante alegue y pruebe el incumplimiento, el artículo 1229 del Código Civil establece que la carga de la prueba del cumplimiento le corresponde a quien es acusado de incumplir. En consecuencia, basta alegar que hay incumplimiento para que la carga de probarlo le corresponda al demandado.

Nótese que en el lenguaje de las presunciones, el hecho presumido o hecho “secundario” (en nuestros

ejemplos, el incumplimiento) se desencadena cuando la parte favorecida por la presunción alega y prueba el hecho “primario” (en nuestro ejemplo, la existencia del contrato del que deriva la obligación). Por lo tanto, tales presunciones vinculan dos cuestiones de hecho con cuestiones de Derecho (si el contrato existe entonces hay un incumplimiento de contrato). Como consecuencia, el objetivo consistente en la búsqueda racional de la verdad no puede estar detrás de este tipo de presunciones.

Si la búsqueda de la verdad no constituye una explicación verosímil para las normas de la asignación de cargas de la prueba explicadas, podríamos encontrar una razón reviviendo una antigua máxima acuñada por nuestros abuelos y frecuentemente citada en los tribunales. Esta máxima dice lo siguiente: la carga de la alegación recae en aquel que afirma y no en el que niega<sup>26</sup>, constituyendo una prueba diabólica exigir probar lo negativo. Así, la máxima parece fácil de entender y administrar. Sin embargo, no es tan sorprendentemente ilustrativa porque cada afirmación es susceptible de enmarcarse en lo afirmativo o en lo negativo<sup>27</sup>.

Por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil extracontractual, el demandante A puede redactar su demanda de dos diferentes maneras: (i) puede afirmar que el demandado B *no cumplió* con sus deberes o, (ii) puede aseverar que el demandado B *violó* el derecho de A de no sufrir daños (deber general de no dañar). En el primer reclamo, el demandante está negando y en el segundo está afirmando. Siguiendo la antigua máxima, en la primera formulación el demandante tiene la carga de alegar mientras que en la segunda formulación no tiene la carga de alegar. Es claro que la asignación de las cargas en un mismo caso no puede depender de la redacción de la demanda. En consecuencia, esta máxima tradicional no aporta mucho para determinar la razón de ser de las presunciones y cargas en un proceso y su vinculación con el cumplimiento de la finalidad del proceso. El razonamiento implícito en estos aforismos o máximas termina siendo circular<sup>28</sup>.

En una tendencia comparativamente reciente sobre cargas y presunciones, el académico Dale Nance ha

<sup>25</sup> JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. sección 3.11. p. 201. En sentido similar MICHELI, Gian Antonio. “La carga de la prueba”. Temis: Bogotá. 1989.

<sup>26</sup> *Philadelphia Co. v. Securities and Exchange Commission (SEC)*, 175 F.2d 808, 818 (C.A.D.C. 1949) (sosteniendo que la SEC violó la cláusula del debido proceso al requerir que la Philadelphia Company debía soportar la carga de probar que las acciones de la SEC no fueron lícitas. En cambio, el Tribunal sostuvo que la SEC debió probar que sus acciones fueron lícitas).

<sup>27</sup> Ver NANCE, Dale. “Civility and the Burden of Proof”. En: Harvard Journal Law & Public Policy 17. 1994. pp. 647, 663. Un artículo anterior de Cleary expresó lo mismo. Ver CLEARY, Edward. “Presuming and Pleading: An Essay on Juristic Immaturity”. En: Stanford Law Review 12. 1959. pp. 5, 11. Nota 22.

<sup>28</sup> Sin embargo, académicos como Epstein han defendido esta máxima. Ver EPSTEIN, Richard A. “Pleadings and Presumptions”. En: University of Chicago Law Review 40. 1973. pp. 556, 573.



introducido el concepto que la carga de la alegación debe permanecer del lado de la parte que alega que la otra parte ha cometido una infracción. Asimismo, argumenta que el estándar de la prueba<sup>29</sup> debe ceñirse a la severidad de la infracción alegada.

Nance argumenta que la razón detrás de esto es que el sistema legal no debe presuponer infracciones, por el contrario debe fomentar entre los ciudadanos la creencia optimista que nuestros vecinos son personas con principios, propensos a actuar siempre de buena fe y en cumplimiento de sus "obligaciones sociales serias". Nance llama a esta meta del sistema legal el principio de la civilidad<sup>30</sup> y señala que las tradicionales reglas de asignación de las cargas siguen el principio de la civilidad<sup>31</sup>.

El primer argumento en contra de esta tesis es que no se contextualizan los objetivos del proceso civil ni se establecen cuáles deberían ser esos objetivos. Parecería que el reclamo implícito de Nance es que el objetivo del proceso civil es promover principios morales. Estamos de acuerdo con la importancia de promover los principios morales. Sin embargo, Nance no explica por qué el proceso civil es más idóneo que otras instituciones sociales (tales como la escuela, la familia, etcétera.) para llevar a cabo esta tarea.

El siguiente punto débil es que presenta el principio de la civilidad como un principio central y dominante que absorbe cualquier otro principio subyacente en las presunciones y cargas. Posiblemente se debe a que su teoría es demasiado general y no le permite explicar por qué existen diversas desviaciones a su llamado principio de civilidad y qué justifica esas desviaciones. Una de las desviaciones que Nance obvia y que no puede ser explicada por el principio de la civilidad es la que abordaremos ahora, al explicar los incentivos para la producción de pruebas<sup>32</sup>.

## 2. De la carga de la alegación a la carga de producir pruebas

En el proceso civil norteamericano, la etapa postulatoria queda restringida a las funciones de enmarcar la controversia y notificar de ella a la contraparte. La primera función está relacionada con la fijación de la

competencia jurisdiccional por los tribunales<sup>33</sup> y la segunda al cumplimiento de los requisitos del debido proceso, es decir, el derecho del demandado a conocer la naturaleza de la demanda que se le ha interpuesto<sup>34</sup>.

En el proceso civil peruano, la etapa postulatoria cumple funciones adicionales: hay que individualizar todas las fuentes de prueba en el mismo momento en el que se alega, es decir, con la demanda (artículo 425 incisos 5 y 6 del Código Procesal Civil). Ello no ocurre en el norteamericano, que permite una amplia etapa de *discovery*, mecanismo mucho más amplio y complejo que la exhibición de documentos prevista en los artículos 259, 260 y 261 del Código Procesal Civil peruano.

En el sistema norteamericano, como explicamos en el punto 1, la carga de la alegación se cumple solamente con una descripción general de los hechos e incluso de manera incierta. La razón para permitir este proceder es que, luego de la etapa postulatoria, el demandante podrá presentar pruebas que perfeccionen su pretensión. Una vez que el demandante supera la carga de la alegación estará en condiciones de presentar pruebas. En ese sentido, cumplir solamente con la carga de la alegación requiere un mínimo esfuerzo y las ventajas son muchas: el demandante tiene en su bolsillo la llave para abrir la puerta a la producción de pruebas.

En contraste, los países del *Civil Law* carecen de la etapa de presentación de pruebas o identificación de las fuentes de prueba (etapa distinta a la actuación de pruebas, sin duda) como una etapa distinta de la etapa postulatoria. Todas las pruebas de actuación inmediata deben presentarse con la demanda y contestación y las de actuación diferida deben identificarse con claridad. La función de la etapa postulatoria en nuestros países, tributarios de la tradición romano-germánica, es identificar y tamizar cuáles son los hechos en disputa y cuáles no. Un elemento importante de la postulación es la identificación de las fuentes de prueba en las cuales las partes sustentarán sus reclamos más adelante durante la audiencia ante el juez. Una vez que la etapa postulatoria ha precluido, no se permite identificar nuevas fuentes de prueba o modificar la demanda para introducir nuevos hechos que han sido conocidos después de la etapa postulatoria. En suma, en los países

<sup>29</sup> El estándar de prueba se define por la cantidad de pruebas que es necesaria para prevalecer en un proceso. En otras palabras, el estándar de prueba significa cuántas pruebas son necesarias para superar el riesgo de no persuadir.

<sup>30</sup> NANCE, Dale. Op.Cit. pp. 647-648.

<sup>31</sup> Ibid. p. 660.

<sup>32</sup> Más adelante en este mismo punto describiré cómo en *Gomez v. Toledo* no tiene sentido presuponer que un funcionario público actúa siempre de buena fe y que cumple con sus "obligaciones sociales serias". En cambio, debemos presuponer que actuó de mala fe y que la carga de refutar tal presunción debe recaer en él. Esto se basa en el acceso a los criterios de evidencia.

<sup>33</sup> La idea es que los tribunales saben desde el inicio de qué se trata la controversia y tienen la facultad de rechazarla inmediatamente si determinan ausencia de competencia personal o de asunto.

<sup>34</sup> Ver JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. Sección 3.1. pp. 179-180.

del *Civil Law* no se permiten las incertidumbres, porque el diseño de su etapa postulatoria presupone, de una manera poco realista, una absoluta certeza sobre los hechos históricos y sobre las pruebas de los mismos<sup>35</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que la existencia de asimetría en la información entre demandantes y demandados respecto a los hechos históricos<sup>36</sup> en algunas controversias<sup>37</sup>, es la razón principal para que las cargas de alegar tengan que ser asignadas de tal manera que los demandantes puedan superarlas fácilmente.

Sin embargo, una vez que se supera la etapa alegación y ofrecimiento de pruebas, la asimetría en la información continúa, porque siempre una de las partes tiene información privada sobre los hechos relevantes para el desenlace del proceso que la otra parte no tiene. Cuando la parte desinformada puede verificar la información (por ejemplo, un record médico en poder de la parte informada que demuestra un daño es una información verificable; sin embargo las creencias o preferencias de la parte informada no son información verificable porque no revelan un hecho comprobable), las normas que obligan a exhibir pruebas (y por lo tanto la información que emana de ellas) bajo apercibimiento de extraer conclusiones en contra del obligado a exhibir la prueba, producen la revelación de la información privada. En el contexto del proceso judicial, no se podría llegar a tal información si no existiera tal coerción<sup>38</sup>.

Si se requiriera que la demanda contenga una relación específica y exacta de los hechos históricos, se crearía una inmunidad de responsabilidad para aquellos demandados informados que, en caso la regla fuera una distinta, habrían podido ser demandados por el demandante que carece de información<sup>39</sup>. En suma, si la carga de alegar fuera una carga de alegar en específico, el demandante no tendría derecho a la entrega de información que no posee ni a la producción y exhibición de pruebas que no controla. Como la carga de alegar es genérica, superarla es fácil y transitar por la etapa de producción de pruebas le permite al demandante desinformado, informarse y perfilar su caso mejor.

Así, el sistema procesal norteamericano tiene una poderosa combinación de etapa postulatoria flexible y etapa de producción de pruebas que favorece al demandante desinformado. Ello es una poderosa

herramienta, para superar la asimetría de información, que en nuestro sistema no existe.

Nótese que si el demandado es el que controla la información relevante de la controversia, éste puede presentar la esencia de esta información en la etapa postulatoria y, posteriormente, durante la etapa de actuación de pruebas, producir suficiente información como para satisfacer la carga de la prueba. En consecuencia, si el demandado tiene certeza sobre la información que pretende usar contra el demandante, revelará su intención de usar dicha información. Con ello el demandante conducirá su propia producción de pruebas y también podrá controlar la confiabilidad de las fuentes de prueba del demandado<sup>40</sup>.

El caso *Gomez v. Toledo* es un punto de referencia ideal para ilustrar nuestro enfoque. En dicho caso, una demanda civil contra un funcionario público cuyo cargo podría darle derecho de inmunidad siempre que dicho funcionario actuara de buena fe (este concepto se refiere al estado mental del funcionario al momento de la acción). La Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que el demandante no tenía la carga de alegar mala fe. La carga de alegar este elemento de hecho se asignó al demandado. El Tribunal sostuvo que para lograr una compensación, el demandante no necesitaba afirmar que el funcionario actuó de mala fe. Por el contrario, el Tribunal concluyó que la carga estaba del lado del demandado, quien debía alegar la actuación de buena fe a modo de defensa, caso contrario debía perder el caso<sup>41</sup>. La regla es una en la cual la mala fe del funcionario que comete el acto dañino se presume.

La razón fundamental de la afirmación del Tribunal fue precisamente que, si una persona actuó de buena o mala fe, depende de lo que esa persona cree al momento de su actuación. Dado que esta información va más allá del conocimiento del demandante, la carga se mantiene del lado del demandado, que tiene tal creencia y puede demostrar de manera persuasiva si es fundado concluir que actuó de mala fe.

Para superar la carga de la alegación, el demandado podría alegar, por ejemplo, que pensó que su actuación fue legítima. Podría, por ejemplo, sustentar su creencia en la asesoría legal que le fue dada antes de su actuación como funcionario, por un abogado interno

<sup>35</sup> Langbein inspiró la idea de hacer esta comparación. Ver LANGBEIN, Op. Cit. Sección 2. pp. 830-833.

<sup>36</sup> Lo que los economistas llamarían información asimétrica. Ver MANKIW, Gregory. "Principles of Economics". Dryden Press. 1998. p. 581. Ver BAIRD, Douglas, GERTNER, Robert, y Randal PICKER. "Game Theory and the Law". Harvard University Press. 1994. pp. 261-266.

<sup>37</sup> Los casos de responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad por productos son aplicables en este punto.

<sup>38</sup> Ver BAIRD, Douglas, GERTNER, Robert, y Randal PICKER. Op. Cit. pp. 261-266.

<sup>39</sup> JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. Sección 3.1. p. 181.

<sup>40</sup> Este control es ejercido por el demandante quien decide asistir a la audiencia testimonial de los testigos del demandando.

<sup>41</sup> *Gomez v. Toledo*, 446 U.S. 635 (1980).

que lo ilustró sobre la ley aplicable a sus actos de función. Mas aun, una vez alegada la actuación de buena fe como defensa, debería usar la etapa de exhibición y producción de pruebas para presentar la declaración del abogado entregando un testimonio que le permita superar la carga de producción de pruebas. Al mismo tiempo, obligar al demandado a alegar una actuación de buena fe como defensa de fondo permite al demandante conducir la exhibición centrada en este hecho e interrogar al abogado interno en la audiencia testimonial.

Resumiendo, la carga de la alegación es un instrumento para generar información que permite superar la asimetría de información entre las partes, siempre que exista esta asimetría, regulando la posibilidad que la confiabilidad de esta información sea sometida a un test durante el interrogatorio en la audiencia testimonial.

La carga de revelar información impone al demandante el deber de conducir la etapa de producción de pruebas. La etapa de producción de pruebas en el sistema norteamericano significa exhibir las pruebas que uno tiene en su poder, pedir la exhibición de las que no tiene en su poder, ofrecer testigos y solicitar examinar y refutar a los testigos que ha ofrecido la contraparte. Todo ello siempre centrándose en las pruebas relevantes de los elementos de hecho de la demanda.

Una vez que el demandante ha producido pruebas de los hechos que sustentan su demanda, debe contar con suficiente material probatorio como para persuadir al juzgador de que es el demandante el que debe ganar el caso. Consiguientemente, cumplir con la carga de presentar pruebas sobre los elementos de hecho contenidos en la demanda significa para el demandante trasladar dicha carga al demandado. Por lo tanto, si el demandante puede persuadir al tribunal de que el demandado no ha producido las suficientes pruebas como para contrarrestar las pruebas del demandante, entonces debe declararse fundada la demanda.

En cuanto a la contestación, cuando el demandado cumple con su carga de presentar pruebas suficientes, traslada la carga de la prueba al demandante, quien presentará pruebas en contra respecto de los elementos de hecho de la contestación. Si el demandante no produce pruebas que contrarresten las pruebas del demandado, entonces el demandante perderá y su demanda será desestimada. Para ilustrar este punto, vale la pena mirar la sentencia del caso *Gomez v. Toledo*

aplicando la regla de asignación de la carga de alegación de Gomez a una situación muy similar.

### 3. El acceso barato a las fuente de prueba

No dudamos que el objetivo de buscar la verdad material y eliminar incertidumbres y controversias es importante y está implícito en presunciones y cargas. Sin embargo existen otros criterios para diseñar presunciones. En particular, consideramos especialmente importante el criterio del " más barato productor de información" , según el cual la carga de identificar fuentes de prueba y luego actuar los medios probatorios sea asignada a la parte que puede hacerlo a menor costo. Criterios parecidos han sido denominados como " teoría de las cargas probatorias dinámicas" . Según esta teoría, la producción de medios probatorios respecto determinados hechos corresponde a quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producir dichos medios probatorios<sup>42</sup>.

Supongamos que estamos frente a un proceso de cobranza de una deuda. En ese proceso, el acreedor está exento de la carga de presentar pruebas referida al incumplimiento de pago (sin embargo no de la carga de alegar el incumplimiento de pago)<sup>43</sup>. Por el contrario, el demandado lleva la carga de presentar las pruebas de pago en soporte de su defensa. Esto se debe a que el demandado está o debería estar en posición de mostrar el pago (es decir, un recibo).

Supongamos ahora que las partes acordaron que el pago se haría por transferencia bancaria y que no es costumbre emitir un recibo a la persona que realiza la transferencia. En este escenario, el acreedor (beneficiario de la transferencia) y el deudor (el que hace la transferencia) deberían compartir la carga de presentar pruebas porque ambos tienen igual acceso a la fuente de evidencia: ambos pueden solicitar al banco un informe que certifique la ocurrencia o no de la transferencia.

Además de los criterios de acceso menos costosos, la carga de la prueba podría también ser asignada para crear incentivos en las partes fuera de la Sala de la Corte. Por ejemplo, supongamos un proceso referido al embarque de mercaderías, en el que el comerciante que hizo el pedido reclama daños en la mercadería al momento de la entrega de la misma.

El hecho que la mercadería fue dañada durante el transporte y considerando que el envío se hizo

<sup>42</sup> Véase ESBORRAZ, David, FRESNEDA, Mónica y Carlos HERNÁNDEZ. " El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría del Contrato" . En: Procedimiento Probatorio. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina. 1998. p. 97.

<sup>43</sup> Ver JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. Sección 3.11. p. 203.

mediante varios transportistas (suponemos un primer embarque, un intermediario y un transportista final quien entrega la mercadería al comerciante) nos podría llevar a la conclusión que uno o más transportistas causaron el daño. No obstante esto, ¿qué pasaría si asignamos al último transportista la carga de probar que no causó el daño?

Hasta donde tenemos conocimiento, no hay estadísticas que sostengan que, en más del cincuenta y uno por ciento (51%) de los casos, los daños han sido ocasionados por el transportista final. Por lo tanto, el vínculo probabilístico es débil. Sin embargo, la asignación de la carga forzaría al último transportista, a riesgo de perder el proceso, a probar que las mercaderías no estaban en buen estado cuando las recibió de manos del intermediario. En consecuencia, a través del establecimiento de incentivos, la asignación de las cargas podría obligar al transportista a seguir una conducta de guardar pruebas del estado de la mercadería al momento de su recepción. No estamos diciendo que esta conducta sea eficiente o que sus implicancias de distribución sean deseables.

Un ejemplo de asignación de cargas probatorias en función del criterio que venimos comentando es el artículo 2 de la Ley 27049. Dicha norma se aprobó con la idea de facilitar la fiscalización y sanción en sede administrativa de actos de discriminación en el consumo. La idea es que la carga de probar recaiga sobre quien puede producir a menor costo medios probatorios referidos a los hechos constitutivos de la discriminación. De esta manera, corresponde al afectado probar que ha sido tratado de manera diferenciada (esta prueba podría satisfacerse fácilmente, por ejemplo, mediante un acta notarial en la que se deja constancia de que el mismo día a una persona se le impidió el acceso a un determinado establecimiento, mientras que a otra no, siendo que las dos personas estaban en circunstancias similares).

Por el contrario, corresponde al establecimiento probar que la diferenciación se basó en una causa objetiva y justificada y no en un motivo prohibido por el artículo

2 inciso 2 de la Constitución (por ejemplo, el establecimiento podría probar fácilmente mediante una declaración de parte del presunto afectado que la diferenciación se basó en que éste portaba una bomba lacrimógena, lo que hacía presumir que el sujeto en cuestión representaba una amenaza para la tranquilidad del establecimiento).

Esta distribución de las cargas probatorias se basa en que resulta extremadamente difícil y costoso para el afectado probar positivamente que la diferenciación se basó en una cuestión de raza, por ejemplo (ello implicaría internarse en el fuero interno del discriminador). Así las cosas, se presume que toda diferenciación se basa en motivos prohibidos por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, salvo prueba en contrario que corresponde pues al establecimiento denunciado.

En suma, hemos tomado este ejemplo a fin de ilustrar la perspectiva de la creación de incentivos bajo los cuales se puede evaluar las cargas de la producción de pruebas. Nuestro propósito es mostrar lo lejos que puede estar la perspectiva del incentivo de la tan frecuentemente elogiada búsqueda racional de la verdad en el proceso civil.

## CONCLUSIÓN

El objeto del proceso civil es múltiple y por ende las presunciones y las cargas de la prueba sirven a estas múltiples funciones. Esta constatación es válida tanto para el proceso civil peruano como para el proceso civil norteamericano. Así, las presunciones, como mecanismos en la ley sustantiva para asignar la carga de la prueba, sirven para propósitos tan variados como promover principios morales, buscar la verdad material que subyace a la controversia o eliminar incertidumbres y conflictos. Sin embargo una de las funciones más importantes de las presunciones y cargas, aunque no siempre entendidas ni utilizada al regular presunciones en las leyes, es la función de ser un dispositivo para generar información y para superar la asimetría de información entre las partes cuando ésta existe.