

LOS SUCEDÁNEOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES COMO MEDIO DE PRUEBA

Jimmy Rojas Suárez

I. LA AUTORRESPONSABILIDAD

CARACTERÍSTICAS GLOBALES ha adquirido el principio de la autorresponsabilidad en materia de derecho probatorio; es así como la mayoría de legislaciones y doctrinas mundiales se inclinan por este moderno sistema de *carga procesal*, aun, siguiendo a Rene David en su estudio de las familias contemporáneas de derecho existentes, hasta las menos conocidas para nosotros como lo es la de los derechos filosóficos o religiosos, o los hoy casi extintos derechos socialistas, se inclinan a dejar que el sistema utilizado sea el de la propia opción probatoria. Cabe observar que este axioma no es de exclusiva aplicación en el sistema dispositivo, por dos razones fundamentales; primero, porque ya no encontramos en el derecho comparado ningún lugar donde se implemente un sistema dispositivo puro, en segundo lugar porque la autorresponsabilidad también compete el Estado en materias criminales o disciplinarias, máxime ahora, en nuestro medio, con la aparición del sistema acusatorio, y por supuesto en el ámbito anglosajón.

Lo dicho con anterioridad es viable gracias a que así mismo en el mundo las fuentes integradoras del derecho y de lo jurídico presentan una estructura dual, *de supuesto de hecho o simplemente hipótesis*, y la denominada *sanción o consecuencia jurídica*. Independientemente de que la descripción genérica y abstracta se encuentre en normas expedidas por cuerpos legislativos, o por los usos y costumbres que se estilan en forma reiterada y desde tiempos inmemoriales, o por los fallos judiciales destacados y renombrados en su momento, o, en forma ya más concreta, dentro de los negocios jurídicos, predicando igual situación de la sanción. Así las cosas, sin importar la familia jurídica, la técnica y las fuentes integradoras del derecho, ni el factor político imperante en cada lugar, existe la necesidad de poner en marcha el llamado mecanismo de la *subsunción*, conocido entre cultores del derecho penal como *mecanismo de adecuación típica*, basado en la lógica elemental de los silogismos, y que se consolida en la medida que el hecho acaecido en la realidad, en el mundo de lo ontológico, encaje holgadamente en la hipotética situación genérica y abstracta, lo que arrojaría en principio, en forma inexorable, la consecuencia o sanción; y decimos que *en principio*, porque el juez no está obligado en forma cerrada a aplicar la consecuencia jurídica o sanción de manera inevitable sin antes atender principios de conveniencia ética y de justicia.

Si al particular o al funcionario público que representa al Estado y por ende a la sociedad (juez, fiscal o ministerio público) le interesa o necesita que determinado derecho o situación jurídica se cristalice o concrete en la realidad, para

ser creada, modificada o extinguida, gracias a la *judicio* y a la *executio* que gozan los funcionarios investidos de jurisdicción (excepcionalmente los árbitros particulares en la figura del tribunal de arbitramento), tendrá la necesidad de implementar dicho mecanismo de la subsunción, y el único camino que tiene para dicha implementación es el aporte legal y oportuno de los distintos medios probatorios, conducentes, pertinentes y útiles, con los cuales demostrará que en efecto su dicho o versión de la realidad acaeció de esa manera y no de otra distinta como lo narraron otros sujetos procesales u otros funcionarios. Esa necesidad de orden filosófico y emocional se acrecienta en proporción directa con la necesidad física que se tenga para que se cristalice el fallo acorde con lo que dispone la fuente del derecho en su consecuencia jurídica. En casos excepcionales esas necesidades pueden ser mínimas y por lo mismo causar despreocupación en el *sujeto probador*, también por simple ignorancia o, en el peor de los casos por puro descuido, lo que hace que la autorresponsabilidad no brote y sin embargo este sujeto salga airoso en el resultado del juicio, todo gracias a los llamados sucedáneos de la carga de la prueba, los cuales explicaremos ahora en detalle.

Para entronizar el tema de la *autorresponsabilidad probatoria* y poder entenderlo mejor dentro del concepto de las *cargas procesales*, los tratadistas propios y foráneos suelen hacer símiles y parangones entre esta institución y otras dos conocidas como las *obligaciones procesales* y los *deberes procesales*. Nos parece loable dicho esfuerzo comparativo, el cual trataremos de resumir y dejar sentado en estas líneas de la manera más sencilla posible. En efecto, lo primero que hay que tener en cuenta es que toda autorresponsabilidad de carácter probatorio comporta una carga procesal, pero no a la inversa; ahora, si teniendo sentado esto nace la pregunta: ¿qué es una carga procesal?, diremos que es una convicción íntima de acometer una conducta, basada en una necesidad de carácter procesal, que va a tener repercusión en el campo de lo sustancial, ya que dicha necesidad nace al interior de la persona que más adelante será sujeto dentro de un proceso. Ahora bien, de su interés en las resultas de dicho proceso, de su diligencia, pericia y con base en el mismo grado de la necesidad, el sujeto acometerá la conducta o no lo hará; en este último caso se espera en forma lógica y razonada que el fallo judicial le sea contrario a sus intereses y necesidades, pero a pesar de ello no siempre sucede así, ya que puede verse en últimas favorecido por la gestión del contrario, la ayuda del juez o una previsión de orden legislativo. De otra parte, si el individuo no cumple con la prestación que comporta la autorresponsabilidad, el Estado no tiene mecanismos sancionadores para dicha despreocupación (distintos del mismo fallo adverso) y tampoco tiene medios para compeler a su cumplimiento (la única salvedad la entendemos hoy frente a la autorresponsabilidad probatoria del juez, que mencionaremos en forma más detallada adelante), en tanto que en el deber y la obligación, ambos de carácter procesal, la inobservancia de las prestaciones que comporta cada una de estas instituciones deja al individuo inobservante siempre ante un resultado amargo para sus intereses, sin opción distinta que el cumplimiento. El individuo no puede autorregularse en la manera o alternativa de cumplir la prestación, de donde no sólo será el resultado adverso el único aspecto punitivo, sino además otro tipo de sanciones de carácter intimidativo y resocializador tales como multas, arrestos, etc.; y desde el punto de vista de los mecanismos que pueden existir en la legislación para que el Estado constriña al incumplido, diremos que radica la diferencia entre la obligación y el deber y de otra parte el parecido entre la carga y el deber, ya que puede

implementar medios para asegurar el cumplimiento de la prestación obligacional, en tanto que en el deber no, al igual que, como ya lo vimos, sucede con la carga. Ejemplos de carga procesal los tenemos dentro de nuestro estudio en toda la actividad que se desarrolla en la primera y tercera etapas de las cuatro que conforman o componen el *iter* o sendero probatorio (aporte y solicitud, decreto, práctica y, por último, valoración). Ejemplo de deber procesal lo tenemos en el sistema mixto con tendencia dispositiva con el pago de las expensas necesarias que *debe hacer* el actor al secretario o notificador, para que realice la notificación personal de la primera providencia a la parte demandada, y que de no efectuarse paralizará el proceso y seguramente el actor se verá afecto a la perención o levantamiento de medidas cautelares en los procesos que admiten estas figuras; sin embargo el Estado no operará mecanismos que constriñan al actor que no paga la notificación. Y por último, ejemplo de obligación procesal lo tenemos en la prestación que comporta para las partes asistir a la audiencia de conciliación prevista en nuestro caso en el artículo 101 del C. P. C., la cual prevé para su incumplimiento sanciones graves, multas, pérdida de ventajas procesales, cobros coactivos, etc., lo mismo que el incumplimiento a la citación para rendir declaración de parte, la cual además de presumir la confesión puede llegar a comportar el arresto momentáneo de la parte renuente con el propósito de ser conducida al despacho judicial ante el cual debe declarar.

Con todo este análisis comparativo llegamos a una conclusión clara, cual es que *la carga probatoria no es una obligación ni un deber, tampoco podemos pretender mediante una norma jurídica volver este tipo de carga en una obligación o deber*, como sí puede ocurrir con otro tipo de cargas, *v. gr.*, la de comparecer o no a las diligencias judiciales.

Este que acabamos de examinar es el panorama general y mundial hoy por hoy en materia de *autorresponsabilidad probatoria*; ahora bien, en los países más desarrollados culturalmente, dentro de las familias jurídicas del *common law* y la nuestra del *derecho romano-germánico*, el criterio es más amplio y va más allá, pues no nos conformamos con pensar que basta que un sujeto tenga la necesidad que se aplique una consecuencia normativa para que le nazca la necesidad y coetáneamente la autorresponsabilidad probatoria. En los albores del tercer milenio, la necesidad probatoria debe enfocarse más por el lado de la obtención de la verdad, no sólo de la tradicional y conocida verdad procesal, sino, por el contrario, de tratar de equipararla en mayor grado de semejanza con la verdad real. Sabemos, sin mayores esfuerzos filosóficos, que igualar estas clases de verdad comporta un pensamiento utópico: un hecho ya acaecido quita la posibilidad que su reconstrucción sea exacta, pues ya estamos jugando al menos con una circunstancia irrepetible que es la de tiempo; por moderno, expedito y científico que elaboremos un método probatorio reconstructivo, como lo plantea Antonio Dellepiane, jamás podremos igualar la verdad obtenida en el fallo judicial, con la que ocurrió en el mundo de lo real. A pesar de la anterior consideración, no podemos dejar de lado y de tener como derrotero de los años venideros que el futuro de la prueba en particular y del derecho probatorio en general será el perfeccionamiento en los mecanismos investigativos científicos y técnicos, además del incremento de la importancia que se le debe dar a aspectos como la buena fe procesal, la lealtad procesal, la inversión de la carga de la prueba, en aspectos demasiado especializados, como en el caso de la responsabilidad médica, de tal suerte que todos estos factores y elementos contribuirán a mejorar la identificación de estas dos verdades.

Sobre este último punto huelga la oportunidad para comentar la apreciación que me expresó mi dilecto maestro Jairo Parra Quijano, sobre la manera como las ciencias naturales y las técnicas avanzan a pasos agigantados y el derecho, a paso más lento, trata de seguirlas; en el sentido que no hay duda que la llamada tarifa legal probatoria ya estaba casi que erradicada de todos los ordenamientos legales y que hoy en día estamos viviendo el reino de la sana crítica o persuasión racional, pero que sin lugar a dudas llegará el día en que reinará lo que él dio en llamar *la tarifa científica probatoria*, donde el papel del juez tiende a desdibujarse un poco para volver a estar amarrado a criterios ajenos, otrora al del legislador, mañana al del científico. De hecho, ya vivimos casos en que el juez no tiene alternativa distinta en su fallo que lo dicho en la prueba pericial, ya que ésta es de una exactitud que no da márgenes de error; por ejemplo, la llamada prueba del H. L. A., con la cual se determina con total certeza si una persona es hija biológica de otra o no, en donde el juez no necesita decretar ni practicar otras pruebas, las cuales resultarían a todas luces superfluas y donde su fallo no puede ser distinto a lo que diga el genetista en su examen. Nosotros pensamos que con el avance de ciencias como la biología, la química, la física, la computación, en todas sus ramas, muchos asuntos que hoy son objeto de contienda ante el juez tenderán a desjudicializarse y tendrán que ser del resorte de otro tipo de autoridades, *v. gr.*, de carácter administrativo.

De algo sí estamos seguros, y es que la sana crítica no puede acabarse, la ciencia reemplazará al juez en muchos tópicos, pero no en todos, el hombre perfeccionará instrumentos y aparatos altamente sofisticados, pero no podrá reemplazar el pensamiento y la capacidad de análisis que tiene un juez docto, con criterio de tolerancia y formación humanista.

II. LA AUTORRESPONSABILIDAD PROBATORIA DEL JUEZ

PARA ABORDAR ESTE TEMA tenemos que dejar sentado que hoy no existe un solo lugar en el mundo donde impere un sistema dispositivo puro, ni un sistema inquisitivo puro, ni para el inicio ni la impulsión de los procesos, lo cual se puede extender a la actividad probatoria. La tendencia moderna es a la eclipsis, a confeccionar mixturas ora con inclinaciones dispositivas, ora inquisitivas, lo advertimos así según sea el área o materia jurídica en que nos movamos; la tendencia futura será a unificar sistemas y procedimientos para todas las áreas, la experiencia nos demuestra que procesos demasiado especializados y casuistas no arrojan buenos resultados. Pues bien, en el área del derecho privado la tendencia es dispositiva; sin embargo, en materia probatoria el juez tiene la posibilidad del decreto oficioso de medios de convicción; en materia penal y disciplinaria la legislación, por tener marcado sabor inquisitivo, es mucho más laxa en el aporte oficioso de pruebas. No obstante, sea cual sea la materia, lo único cierto y común es que el juez, sea instructor o juzgador o cumpla ambos papeles, no puede ser un convidado de piedra en el escenario procesal, pendiente solamente de que las partes aporten los medios probatorios: su responsabilidad va mucho más allá; dentro del camino de los grados del conocimiento de que nos habla Fra Marino di Mala Testa (ignorancia, duda, opinión y certeza), debe alcanzar el grado máximo que es la certeza, es decir la convicción íntima de saberse poseedor de la verdad real. El juez, tanto civil como penal, goza de instrumentos legales idóneos para adelantar una loable labor

investigativa; sin embargo en materias del derecho privado aún es práctica reiterada entre nuestros jueces hacer uso tímido de dichos instrumentos. Es muy grave e injusto que un juez decida un asunto litigioso sin adquirir total certidumbre sobre la manera como acaecieron los hechos y las circunstancias que rodearon los mismos, es más, aun con la certeza plena debe responsabilizarse por la dosificación en la consecuencia jurídica de acuerdo a la conveniencia ética y justa del caso particular, no puede inobservar estos principios de hermenéutica, so pretexto de la dureza de la ley.

De todas estas consideraciones nace el interrogante de *hasta dónde va la autorresponsabilidad del juez en materia probatoria*. Nosotros nos atrevemos a decir que la teoría de la autorresponsabilidad probatoria se hace extensiva al juez, en otras palabras, que no es excluida de las partes procesales, sino que el juez como representante de la sociedad y como persona integral y humanista también tiene un interés en que se apliquen consecuencias jurídicas normativas a los casos particulares que él conoce; no ya las mismas consecuencias jurídicas interesadas en cada uno de los extremos procesales, sino las consecuencias compañeras de las hipótesis legales que coinciden exactamente dentro del mecanismo de subsunción, con el hecho acaecido en la realidad; desde ese punto de vista el juez también tiene autorresponsabilidad. La diferencia entre la autorresponsabilidad del juez y la de las partes radica en que aquélla no es una carga procesal, sino un deber judicial, en tanto que ésta sí es una verdadera carga, como quedó dicho. En efecto, el juez tiene un deber de integrar su conocimiento hasta llegar a la certeza, si no lo integra de manera plena está incumpliendo con ese deber; si las partes no se lo integran con su actividad probatoria será deber del juez autointegrarlo, en su propio interés y beneficio: los jueces deben erradicar de su convencimiento que el decreto de oficio de pruebas es en beneficio de las partes; ésta puede ser una consideración mediata, pero en forma inmediata el primer beneficiado con un acervo rico, así se haya integrado oficiosamente, será el propio juez; las partes deben erradicar el convencimiento que cuando un juez decreta pruebas de oficio se encuentra parcializado en contra suya.

Con base en este criterio cabe preguntarse *si el incumplimiento del deber del juez de ayudar a integrar el haz probatorio es sancionable por el Estado*, y tenemos que contestar que sí; en nuestro medio habrá que diferenciar si se trata del juez civil o materias afines o si se trata del juez penal, pues en este último se evidencia más fácilmente la negligencia en el recaudo probatorio, y por la misma aplicación del principio de favorecimiento, donde esa negligencia puede dejar impune la infracción, y tratándose del juez civil, el grado de dificultad para saber si existió o no desidia oficiosa en materia probatoria se acrecienta, ya que el mismo sistema mixto con tendencia dispositiva aparentemente le resta importancia a esta clase de decreto de pruebas. Sin embargo, en uno y otro caso pensamos que, si logramos evidenciar que el juez dictó su fallo sin total certidumbre sobre lo que pasó, estamos frente a la tipificación del delito de prevaricato por omisión; y en un plano de ruptura del fallo así dictado sin lugar a dudas daría lugar a la casación de la Corte Suprema, por errores de hecho o de derecho probatorios. De donde resumimos que la autorresponsabilidad del juez abandona el campo de las cargas procesales para invadir el de los deberes, cuya inobservancia siempre arroja resultas negativas y además sanciones, inclusive de índole penal.

III. SUCEDÁNEOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

POR SUCEDÁNEO debemos entender equivalente, reemplazante, que hace las veces de.

La doctrina foránea, encabezada por Carnelutti y Sentis Melendo, siguiendo una escuela alemana de principios de siglo, ha elaborado toda una teoría sobre el punto de los *sucedáneos de la prueba*; para nosotros el punto es menos complejo, ya que hablamos de los *sucedáneos de la carga de la prueba* y no de los de la prueba como tal: pensamos que la prueba es irremplazable por otra figura, institución o cosa, que no sea otra prueba.

Sólo por medio de las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso el juez logra la fijación de los hechos y posteriormente la certeza requerida para fallar el fondo del asunto litigioso. Partimos de la base y el convencimiento que todo hecho tiene su prueba o pruebas, cosa distinta es que no se despliegue autorresponsabilidad del sujeto que soporta la carga de probarlo; en otras palabras, no hay ejercicio de la carga de la prueba, entonces dicho ejercicio será menester reemplazarlo, cambiarlo por algo, es decir por el *sucedáneo*.

Si las pruebas pudieran ser reemplazadas por otras figuras que pudieran demostrar la ocurrencia del *tema de prueba* tendríamos que aceptar que el juez puede adquirir certidumbre sin necesidad de pruebas, es decir con los meros sucedáneos. Insistimos en que lo que se puede reemplazar es la autorresponsabilidad, no la prueba en sí; éstas sí se adquieren, sólo que no por el mecanismo tradicional.

Tres son los métodos o instituciones que en el proceso se pueden convertir en *sucedáneos de la carga de la prueba*, a saber: *la comunidad de la prueba, las pruebas decretadas de oficio y las presunciones de carácter legal*.

IV. LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA

PRINCIPIO FUNDAMENTAL del derecho probatorio, también conocido como *adquisición de los medios probatorios*, se convierte en piedra angular de todo el moderno proceso, ya que hace honor a los axiomas de la lealtad y buena fe procesales, que como lo decíamos atrás serán bastión en la obtención de la semejanza que habrá de perseguir el proceso entre la verdad procesal y la verdad real.

Las pruebas, una vez han adquirido madurez, porque han logrado pasar el tercer paso del *iter probatorio* (la práctica) y han podido ser controvertidas por los sujetos procesales, o por lo menos se les brindó esa eventual oportunidad y las partes decidieron guardar silencio frente a ellas, lo que comporta que ahora sean plenas, se vuelven de propiedad del proceso, del mundo del expediente, no son ya del solicitante o aportante, tampoco son del juez, tienen entidad propia, son como hijos que han adquirido la mayoría de edad.

Así, las pruebas practicadas y plenas ayudan o perjudican indistintamente a todos los sujetos trabados en la relación jurídica procesal. No puede una parte procesal, so pretexto que ella aportó o solicitó la práctica de un determinado medio, que ahora la perjudica, desistir de ella, o pedirle al juzgador, simplemente, que no la tenga en cuenta para integrar el conjunto probatorio a la hora de fallar. No puede el juez no tener en cuenta una prueba que, aportada por determinada parte, no demuestre el supuesto de hecho de la norma cuya consecuencia jurídica reclama en el *petitum*.

Aquí es plenamente aplicable la expresión de la jerga popular que reza: “a uno le puede salir la bala por la culata”. En efecto, no debe sorprendernos que las pruebas que uno mismo en forma diligente y oportuna aportó al proceso en aras de cumplir con la autorresponsabilidad que comporta la carga probatoria, una vez practicadas y controvertidas le sirvan a la contraparte para salir adelante en sus propósitos sustanciales.

Ahora bien, la comunidad de la prueba es sucedáneo de la carga de la prueba, cuando un sujeto procesal, teniendo la autorresponsabilidad de probar las hipótesis normativas compañeras de las sanciones que necesita se reflejen en la providencia, *no lo hace*, y por el contrario la contraparte en su afán de probar los suyos resulta probando los ajenos, así se consolida.

Se dice entonces que cuando se aplica la comunidad de la prueba quien suplente la autorresponsabilidad es la contraparte.

V. LAS PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO

INSTITUCIÓN DE VIEJA DATA en el sistema inquisitivo y de recepción más moderna en el dispositivo, se convierte en antesala del principio de la *sana crítica*, ya que es la manera primigenia como el mismo legislador quiere dejar atrás el viejo oscurantismo de la *tarifa legal probatoria*.

En efecto, en el orden criminal y disciplinario, donde el Estado se adentra en el seno de la sociedad para extraer los fenómenos y casos con relevancia jurídica y someterlos a juicio, es común que el fiscal o instructor, en forma continua, esté decretando *motu proprio* medios probatorios, comoquiera que es la esencia misma de la labor del juez penal. En cambio, en materia de derecho privado el punto ha sido muy tímido por no decir que nulo; durante la vigencia del Código Judicial, hasta julio 1° de 1971, únicamente el artículo 597 en su numeral cuarto disponía que el juez sólo con autorización expresa de la ley para el caso concreto podría decretar pruebas sin necesidad de petición de parte; estudiando el ordenamiento procesal de la época sólo encontramos dos casos en que la ley así autorizaba al juez: uno lo tenemos en el artículo 300 *ibidem*, con los llamados *autos para mejor proveer*, durante la segunda instancia, para aclarar puntos dudosos u oscuros, y el otro preveía que el juez podía volver a llamar a declarar al testigo, para que aclarara cualquier pasaje dudoso u oscuro de su declaración.

Con la entrada en vigencia de los decretos 1400 y 2019 de 1970, mediante los cuales se promulgó el Código de Procedimiento Civil, la situación mejoró ostensiblemente, ya que varias fueron las normas que contemplaron en forma expresa y más abierta la posibilidad del decreto oficioso de pruebas; es así como el artículo 37 en su numeral cuarto reza: «*Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas...*»; en efecto, los artículos 179 y 180 del mismo Código de Procedimiento Civil abrieron la posibilidad ilimitada para que el juez con base en su sana crítica decida el momento procesal y la calidad de pruebas que hacen falta para integrar el acervo y así lo haga mediante decreto oficioso.

Con la importante reforma que se introdujo al estatuto procesal mediante el Decreto 2282 de 1989; la institución a cuyo estudio nos dedicamos ahora no sufrió ninguna modificación, ya que consideró el reformador que como estaban redactadas las normas eran suficientemente claras y amplias para su utilización, salvo lo relativo a las excepciones previas en el proceso ejecutivo de mínima

cuantía, donde la reforma le amplió las posibilidades al juez, quien ahora está facultado para decretar pruebas de oficio cuando advierta un vicio procesal constitutivo de la causal previa, que le está prohibido proponerla al demandado. Nosotros pensamos que el reformador del año de 1989 sí ha podido añadir una norma que estimulara la aplicación de las ya existentes y que además sancionara gravemente al juez que no cumpla con su deber probatorio de integrar el haz en forma oficiosa.

Desde el punto de vista de los sucedáneos de la carga de la prueba, las pruebas de oficio reemplazan la actividad que tiene que acometer la parte interesada en la consecuencia jurídica, no el deber de autorresponsabilidad que tiene el juez. Ya lo observamos en el segundo numeral de este escrito: la autorresponsabilidad para las partes es una verdadera carga, para el juez es un deber.

Las pruebas así decretadas deben constituirse en una rica fuente de integración, fijación y certidumbre del proceso; decíamos que su utilización es tímida entre nuestros jueces, quienes todavía se encuentran amarrados a viejos criterios dispositivos y en pocas oportunidades echan mano de este rico instrumento, so pretexto de incurrir en faltas de extralimitación, cuando lo que sucede es lo contrario, ya que están cometiendo fallas por falta de actividad por incumplimiento de dicho deber.

Ahora bien, esa gran oportunidad que le brinda la ley no debe ser mal interpretada, ni vista como un instrumento de gobierno de los jueces, para que ellos puedan actuar sin ningún control; la misma ley nos habla de las talanqueras o límites que debe observar el funcionario, se trata de los llamados por la doctrina *requisitos intrínsecos*, es decir la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios probatorios, que a nuestro modo de ver deben ser examinados en ese estricto orden.

Por conducencia debemos entender la aptitud legal que debe observar el medio probatorio, es decir que no se encuentre prohibido por la ley, incluso por las buenas costumbres y la moral; la pertinencia hace alusión al grado lógico de relación que debe existir entre el medio probatorio y el hecho que se pretende probar con aquello, es decir debe darse una armonía intelectual entre el hecho y su prueba; y por utilidad debemos entender que el medio probatorio cumpla algún papel en el expediente, es decir que el hecho a probar no se encuentre ya probado por otro medio o que se trate de alguno de los que se encuentran exentos de prueba (hechos notorios, negaciones indefinidas, etc.), lo que convertiría al medio en superfluo.

Examinados estos tres requisitos de los medios de prueba por parte del juez y en ese orden, podrá entrar a decretarlos oficiosamente, como sucedáneo de la carga de la prueba que tienen las partes. De donde se dice que en este particular caso es el juez quien asume la autorresponsabilidad.

VI. LAS PRESUNCIONES DE CARÁCTER LEGAL

NOSOTROS, desde el foro universitario, hemos criticado la representación que hace el artículo 66 del Código Civil respecto de la clasificación y denominación de las presunciones, la cual es seguida por la mayoría de la doctrina nacional. Sin lugar a equívocos, la presentación del artículo es inconsistente con el sentido de lo jurídico y lo legal; allí se nos habla de dos clases de presunciones, las llamadas *legales* y las *de derecho*; sin embargo ambas deben estar en la ley, sea que admitan

prueba en contrario, como aquéllas, o sea que no la admitan, como éstas; aquí encontramos la primera inconsistencia, pues si ambas se encuentran en la ley, ambas serán de carácter legal.

La doctrina, basada en tradiciones del derecho canónico, nos habla de las presunciones *iuris tantum* como aquéllas que admiten prueba en contrario, las *iuris et de iure* como las que no la admiten, y una tercera clase llamadas presunciones de hombre u *omis*, para referirse a las que pueda hacer el juez o intérprete.

En conclusión, hablar de presunciones de carácter legal puede llegar a convertirse en un pleonasma.

La presunción es un mecanismo mental elucubrativo, basado en la lógica deductiva, hecho por el legislador y plasmado en las normas legales para tener por cierto y acaecido un hecho, en la medida que en el expediente o proceso parezca plenamente probado y demostrado otro hecho diferente. Así las cosas, no existe sino una clase de presunciones, las legales; cosa distinta es que por propio ministerio de la ley unas no puedan ser desvirtuadas, entre otras por considerarlo imposible el legislador en su época, como acaeció con la para hoy desdichada redacción del artículo 92 del Código Civil, cuando gracias a los avances de las ciencias médicas sabemos que un ciclo gestacional humano puede lograrse por debajo de los 180 días, igual que por encima de los 300 días; sin embargo la ley le quita la posibilidad de prueba a esta situación, de donde nace el interrogante: ¿qué debe hacer un juez frente a una prueba expedida idóneamente por médico especialista en la materia, la que contraría los dictados del artículo 92, debe inobservarla?, ¿debe no observar lo normado en la ley?, ¿prevarica en cuál de los dos casos? Creemos que definitivamente el juez probo debe apartarse de la presunción de derecho y fallar con base en la sana crítica que le brinde la certeza nacida en la prueba pericial científica, de lo contrario estaría cometiendo una grave injusticia auspiciada por la ley.

Tampoco compartimos la denominación que se le da a las llamadas presunciones de hombre, pues ellas no son nada distinto del medio probatorio denominado indicio, según el cual partimos de un hecho debidamente conocido y comprobado en el proceso (hecho indicador) para que a través de un esfuerzo mental deductivo o inductivo lleguemos a tener por cierto otro hecho hasta ahora desconocido, por cierto y acaecido (hecho indicado); así las cosas son poco aparentes las diferencias entre presunciones e indicios. Veamos: la presunción está prefabricada en forma genérica y abstracta en la ley, el indicio es particular y concreto; aquélla es obra del legislador; en tanto que ésta la crea el intérprete, sea el juez en la motivación de su fallo o las partes en sus alegatos de conclusión. La presunción no es un verdadero medio de prueba, es un sucedáneo, en tanto que el indicio es un verdadero medio probatorio. La presunción sólo admite el grado lógico de la deducción ya que partimos de la norma genérica para descender al caso particular, mientras que el indicio admite la doble vía de deducción o inducción.

De otra parte, se hace necesario diferenciar las presunciones de las llamadas ficciones legales, ya que en las primeras el hecho presumido o indicado admite un alto grado de credibilidad y verosimilitud en lo físico o en lo moral, en tanto que la ficción legal es una mentira creada por el legislador para brindar seguridad a la colectividad en el plano social, político y económico, *v. gr.*, dar por hecho que todos los ciudadanos conocen todas las leyes nacionales; en efecto, a través de las ficciones se resuelven dudas en materia procesal, que en el campo

probatorio son casi que imposibles de demostrar. En cuanto a los indicios, son múltiples las clasificaciones elaboradas por la doctrina, todas con gran valor intelectual y académico, pero en el aspecto práctico poco útiles; nos parece a nosotros que la única clasificación importante y con repercusiones en los fallos judiciales es la que nos dice que pueden ser necesarios también llamados obligatorios y los denominados contingentes, que a su vez se subdividen según la gravedad de los mismos. Encontrar ejemplos de los primeros realmente es muy difícil dada su escasez y porque con el avance de las ciencias pasan de ser necesarios a ser contingentes, por ejemplo, antes era necesario que la gestación de un ser humano la antecediera una relación heterosexual de los padres; hoy en día ello no es obligatorio, ya que la inseminación puede ser *in vitro*, sin necesidad de contacto sexual, o simplemente artificial.

En concreto, presunciones, indicios y ficciones son tres instituciones, con mecanismos y clases lógicas similares, que rondan la inteligencia del intérprete, pero que definitivamente no pueden confundirse ni hablarse de ellas indistintamente, como si se tratase de vocablos jurídicos sinónimos.

VII. LA CONDUCTA DE LAS PARTES

EN NUESTRO MEDIO JUDICIAL, sólo hasta ahora comienza a tener aplicación la tendencia psico-jurídica de interpretar las posturas que asumen las partes frente a cada uno de los rituales impuestos en la legislación procesal, y poderlas tener como medio de prueba.

Aunque la tendencia no es nueva, porque se ha estudiado como corolario del sistema dispositivo, los jueces son reticentes a la aplicación de la máxima que nos enseña que a falta de prueba, legal y oportunamente aportada al expediente, la denominada carga de la prueba puede constituirse en “regla de juicio”, para el juez, en el sentido que el juez debe establecer con claridad absoluta cuál de los sujetos procesales tenía la autorresponsabilidad de probar los supuestos reclamados, y como no cumplió con dicha carga, sancionar el choque judicial, en contra de esta persona; pero es que el problema puede ir mucho más allá: sucede que el juez al no encontrar medios idóneos que le den certidumbre frente a lo acaecido decida el decreto oficioso de otros complementarios, que a pesar de dicho complemento judicial la duda persista y, sin embargo, no pueda predicarse que la carga es sólo de uno de los sujetos del teatro procesal; por lo tanto mal haría en sancionar a uno solo con este criterio de la regla de juicio, y tampoco puede pensarse que la sanción debe ser dosificada en proporciones iguales; es allí donde elementos propios de la conducta procesal deben adoptarse como última alternativa de aplicación de las consecuencias jurídicas.

Recapitemos; sabemos que el juez no puede fallar sin pruebas pero tampoco puede dejar de fallar por falta de éstas; así las cosas el orden lógico es que el juez eche mano primero de los medios legal y oportunamente acercados al proceso, en segundo término, como complemento o por ausencia de los anteriores, decida decretar las pruebas de oficio; en tercer orden, si no hay o no es suficiente el caudal existente debe implementar el sistema de los sucedáneos de la carga de prueba y en últimas utilizar el mecanismo de la “regla de juicio”; pero cuando ésta presenta problemas en su aplicación debe tener en cuenta las actitudes y posturas de las partes frente al proceso.

No creemos que se trate de un novísimo medio probatorio, pensamos que el legislador ya ha planteado en varias figuras este problema, por vía legal presuntiva; a la conclusión que llegamos es que *la conducta procesal de las partes es un sucedáneo de la regla de juicio del juez en ausencia de prueba idónea en el proceso*.

En efecto, si sucedáneo es reemplazante, el examen juicioso que pueda hacer el juez sobre la conducta de las partes en el escenario procesal será el que supla o reemplace la operación de la carga de la prueba como “regla de juicio para el juez”.

Ahora bien, decíamos que esta forma de pensar no es nueva, que el propio legislador ha planteado la fórmula en varias normas jurídicas bajo la presentación de presunciones legales; lo que significa que sólo se varía el orden, pues si están en la ley opera como sucedáneo de la carga de prueba, pero si es el juez el que llega a la conclusión será sucedáneo de la regla de juicio. Son ejemplos de presunciones legales que nos hablan de la conducta de las partes, entre otros: la llamada confesión ficta o presunta, por inasistencia o reticencia al interrogatorio de parte, el no contestar la demanda, lo cual es un indicio en contra del demandado; la falta de colaboración de las partes para con los peritos, la renuencia a exhibir libros y papeles, etc., y en general la previsión hecha en el actual artículo 244 del C. P. C. donde el juez puede hacer sus propias deducciones.

A nuestro modo de ver tampoco se trata del tradicional medio de indicios, aunque el mecanismo lógico deductivo o inductivo que idea el juez para llegar a una conclusión sea el mismo; en realidad, la connotación es diferente, pues mientras en el indicio se busca por el juez y las partes la idoneidad y la calidad del hecho indicador, y que los medios por los cuales se estableció la veracidad de ese hecho indicador sean igualmente idóneos, en la valoración de la conducta se establecen pautas de comportamiento que se dan al interior del proceso, basados en el interés y el grado de responsabilidad sustancial del sujeto parte. Lógico resulta pensar que quien no contesta en el interrogatorio, quien se niega a efectuarse una prueba clínica o de laboratorio, quien no contesta una demanda o incidente, quien no muestra sus papeles y libros, quien no ayuda a acercar los documentos y testigos requeridos por el juzgado, quien dice ignorarlo todo, frente a quien hace todo lo contrario, esté en desventaja procesal, así las conductas del diligente no resulten muy eficaces: la desidia y la pereza procesales no pueden ser premiadas por el juez; aquí nos referimos no ya al aspecto de no cumplir con la carga de la prueba, pues una persona puede “cumplir” con dicha carga pero ser displicente frente a toda la actividad procesal.

Es tan importante el examen de dichos comportamientos que incluso en casos tan extremos como el planteado en el artículo 90 del C. P. C. sobre interrupción de la prescripción y de la caducidad, según el cual transcurridos los 120 días contados desde la notificación del auto admisorio o mandamiento de pago al actor sin que se haya notificado al demandado no habrá poder humano ni divino que logre interrumpir los términos el día de la presentación de la demanda, so pretexto que el reformador de 1989 fue muy laxo en dar ese más que suficiente plazo para efectuar la notificación. Cómo se ve que el reformador no es litigante; en la práctica el término no es tan amplio como se cree, pues yo puedo saber en principio la dirección de mi contraparte demandada, el notificador va y rinde informe que existe la duda si éste es el lugar (generalmente el propio demandado se niega o se desconoce), el juez insiste y el notificador regresa; como es nuevamente negado, le fija el aviso de donde se le desprende el trámite

previsto en el artículo 320 *ibidem*, vienen los llamados emplazatorios y, si no comparece el demandado, el posterior nombramiento del curador *ad litem*, luego su aceptación, luego el pago de honorarios y por último su notificación. Son secuencias complicadas y demoradas en la práctica, que requieren que el actor esté muy pendiente de ellas, desplegando en forma continua actividad, frente a una actitud de despreocupación y desidia del demandado, quien no hace nada distinto de negarse a comparecer al proceso y que luego él o su curador *ad litem*, propondrán la excepción de prescripción o de caducidad, la cual le prospera fácilmente. Nos preguntamos, ¿dónde queda la tan nombrada lealtad procesal, la tan anhelada buena fe procesal?

El juez tiene que analizar que el actor incoó en tiempo su demanda, gastó tiempo y dinero en las notificaciones, emplazamientos y pago de honorarios; que, por el contrario, el demandado es reticente, desidioso y perezoso y asume posturas hasta dolosas; no puede otra cosa que declarar que la prescripción no operó porque se encontraba interrumpida desde el mismo día en que se presentó la demanda.

Así las cosas, las máximas jurídicas y de justicia deben estar por encima de la interpretación cerrada de las normas, el juez deberá desplegar toda su inteligencia, su conocimiento y humanismo a fin de valorar quién fue diligente en la actividad procesal y, por el contrario, quién no lo fue, porque principios elementales nos enseñan que quien no tiene sólidos argumentos para su *petitum* o defensa refleja esa carencia en artificios procesales o en la desidia en el desempeño de su conducta dentro del juicio.