

# LA CARGA DE LA PRUEBA: UNA RELIQUIA HISTÓRICA QUE DEBIERA SER ABOLIDA

Jordi NIEVA FENOLL

Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de Barcelona

**RESUMEN:** La carga de la prueba es una institución del pasado. Tenía plena vigencia y sentido durante la época en que se utilizó el sistema de valoración legal de la prueba, pero cuando se fue imponiendo el sistema de valoración libre, debería haber desaparecido por completo al ser innecesaria. En el presente artículo se explican las razones de estas sorprendentes conclusiones y se explica cómo sería un proceso que no tuviera en cuenta la institución de la carga de la prueba.

**PALABRAS CLAVE:** valoración libre; prueba legal; proceso formulario; carga dinámica.

**ABSTRACT:** The burden of proof is an institution of the past. It had full validity and meaning during the time when the system of legal evaluation of evidence was used, but when the free evaluation system was introduced, it should have completely disappeared because it was no longer necessary. This paper explains the reasons for these surprising conclusions and explains how would be a process that does not take into account the institution of the burden of proof.

**KEYWORDS:** free evaluation; formal evaluation; formulary system; burden of persuasion.

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. La reminiscencia de la fase *in iure* del proceso formulario romano. – 3. La fase previa en el proceso medieval del *ius commune*. – 4. Carga de la prueba y sistema legal de valoración. – 5. Prueba libre y carga de la prueba. – 6. La ilogidad de la idea rectora de la carga de la prueba. – 7. Un proceso sin carga de la prueba. – 8. La inoportunidad de las inversiones de la carga de la prueba y de la carga dinámica de la prueba o facilidad probatoria.

## 1. INTRODUCCIÓN

No es fácil decir adiós a aquello que siempre nos acompañó. Esa máxima, bien estudiada por la psicología cognitiva y que enseña que nos inspi-

ra más confianza aquello que nos es más familiar<sup>1</sup>, asiste a los juristas de todo el mundo en demasiadas ocasiones. La mayoría son refractarios a los cambios, a hacer la cosas de manera diferente a como siempre se hicieron. Hermanados con la tradición, los juristas critican sistemáticamente reformas legislativas, en ocasiones simplemente porque son nuevas, o son muy reticentes ante cualquier novedad doctrinal o jurisprudencial. El Derecho no es la única ciencia en que ello ocurre. A Charles DARWIN<sup>2</sup> y a otros muchos<sup>3</sup> se lo hicieron saber muy bien. Sufrieron un absurdo y atávico desprecio de los “científicos” de su época. Sin embargo, cuando el estudio de la historia y de la práctica, pasada y presente, arrojan un mismo resultado, la obligación del científico es exponerlo y someterse a esas críticas, por aceradas que sean.

Ese es justamente el resultado de mis investigaciones sobre la carga de la prueba. A lo largo del tiempo, tras haber estudiado sus orígenes y desarrollo, así como sus muchas veces funestas consecuencias prácticas<sup>4</sup>, no me ha quedado otro remedio que defender su desaparición de nuestros procesos, igual que ha desaparecido en tantos lugares el juramento, el sistema de prueba legal o la propia ordalía<sup>5</sup>, que tanta seguridad provocaba entre los ignorantes que la observaban<sup>6</sup>.

El presente estudio es una dación de cuentas de ese recorrido argumental. A continuación se va a exponer cómo la lógica de la carga de la prueba es ciertamente remota<sup>7</sup>, razonablemente básica en su origen –“que cada litigante pruebe lo que afirma” era el principio original–, y cómo a lo largo del tiempo se fue actualizando y recargando su contenido con diversas apreciaciones doctrinales que, en realidad, no han llevado a ninguna parte. Actualmente la carga de la prueba es solamente una pieza de museo que todavía se utiliza muchísimo en los procesos, priorizándola incluso a una valoración racional de la prueba, casi como si los juristas prefirieran el uso de un astrolabio al de un GPS para orientarse.

<sup>1</sup> KAHNEMAN, Daniel / TVERSKY, Amos, *Subjective probability: A judgment of representativeness*, en: KAHNEMAN / SLOVIC / TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 33 y ss.

<sup>2</sup> KJAERGAARD, Peter C. / GREGERSEN, Niels Henrik / HJERMITSLEV, Hans Henrik, “Darwinizing the Danes, 1859-1909”, en AAVV (ed. ENGELS/GLICK), *The reception of Charles Darwin in Europe*, London, 2014, vol. I, p. 151.

<sup>3</sup> A Samuel MORSE, por ejemplo: LIFSHITZ, Kenneth B., *Makers of the Telegraph*, Jefferson, 2017, p. 188.

<sup>4</sup> NIEVA FENOLL, “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión”, pp. 261, y “La carga de la prueba y las presunciones en los procesos de restitución de tierras y desplazamiento forzado”, ambos en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid, 2016. Y antes en “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional”, en *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, pp. 38 y ss. Y últimamente en “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, n. 1, 2017, pp. 57 y ss.

<sup>5</sup> PATETTA, Federico, *Le ordalie*, Torino, 1890.

<sup>6</sup> FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Lynch de la ed. de Río de Janeiro, 1978, Barcelona, 1996, pp. 61-62. TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, Bari, 2009, pp. 4 y ss.

<sup>7</sup> Se remonta al proceso de las *legis actiones*. Vid. KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 118.

Y es que la carga de la prueba<sup>8</sup>, tal y como se emplea hoy en día, no despeja las incógnitas sobre los hechos, sino que simplemente las arrincona para alcanzar un juicio que puede alejar muchísimo al juez de la realidad, lo que es contrario a la justicia que debe intentar hacer la jurisdicción<sup>9</sup>. Se trata, simplemente, de un modo de finalizar el proceso, en su origen prematuramente, y actualmente al final del mismo una vez fracasada la valoración de la prueba. Pero es indifente. Lo cierto es que el proceso termina con una sentencia ficticia, casi con una expresión de fe, lo que no es aceptable por la ciencia.

## 2. LA REMINISCENCIA DE LA FASE *IN IURE* DEL PROCESO FORMULARIO ROMANO

El proceso formulario romano ha sido probablemente uno de los más inspiradores del mundo. Fruto quizás –es completamente desconocido– de una lógica militar de conquista<sup>10</sup>, había dividido el procedimiento en dos fases: la primera ante un funcionario de la autoridad invasora –el pretor– para que escuchara a las partes y les asesorara sobre el derecho aplicable al caso concreto (fase *in iure*); y la segunda ante un juez o un colegio de jueces, legos en todo caso<sup>11</sup>, del lugar (fase *apud iudicem*).

No es difícil encontrar paralelismos entre la fase *in iure* y la fase previa del proceso medieval, que después se abordará, o con el *preliminary hearing* del proceso penal estadounidense<sup>12</sup>. Asimismo es sugerente la comparación con el *indictment* del *Grand Jury*, también en el proceso penal de EEUU, que tiene una historia remota en la Inglaterra de 1166<sup>13</sup> que todavía se asemeja más a esa fase *in iure*<sup>14</sup>. De hecho, la fase *apud iudicem* solía sustanciarse ante un jurado, pues resulta evidente que ese colegio de jueces legos era lo que desde al *Carta Magna Libertatum* de 1215 –e incluso antes– llamamos jurado.

En esta primera fase del proceso formulario romano se desplegaba una actividad preparatoria, pero que no tenía trascendencia probatoria, puesto que toda la actividad en este sentido se desplazaba a la segunda fase. Y tampoco se consideraba la carga de la prueba, dado que aunque estaba presente

<sup>8</sup> Sobre su concepto, *Vid.* por todos, MUSIELAK, Hans-Joachim, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1975, pp. 282 y ss. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, 2002, pp. 405 y ss. PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho probatorio*, Bogotá, 2008, pp. 249 y ss.

<sup>9</sup> El fin de la averiguación de la verdad a través de la prueba está formulado desde muy antiguo en la doctrina. *Vid.* WEBER, Adolph Dieterich, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, Halle, 1805, p. 5.

<sup>10</sup> *Vid.* NIEVA FENOLL, “El primer escrito judicial de Hispania: reflexiones de Derecho procesal sobre el Bronce II de Botorrita o *Tabula Contrebiensis*”, en *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, pp. 160 y ss.

<sup>11</sup> KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 197.

<sup>12</sup> Rule 5.1 Federal Rules of Criminal Procedure.

<sup>13</sup> BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, Oxford, 2007, pp. 73 y ss.

<sup>14</sup> Lo explico en NIEVA FENOLL, “Ideología y justicia lega (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés)”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid, 2016, pp. 53 y ss.

desde hacía siglos la idea de que cada cual tenía que probar lo que decía<sup>15</sup>, no se entraba en esa consideración ante el pretor.

Sin embargo, sí se podía practicar un juramento<sup>16</sup> en esa fase inicial, lo que constituye un trasunto remoto, aunque muy relevante, de la consideración de la carga de la prueba en este período inicial del proceso<sup>17</sup>. Resulta que las partes, habitualmente de manera voluntaria o en ocasiones forzada por el pretor, podían jurar la veracidad de sus pretensiones. Ello constituye, sin duda, un primer intento de resolver anticipadamente la cuestión probatoria, tratando de evitar la celebración del proceso posterior, justo del modo que acabó sucediendo, como veremos, de manera algo más compleja, en el proceso medieval.

Pero el proceso formulario no amplió más desde el punto de vista probatorio la fase *in iure*. Es más, en la época este juramento no parece ser considerado un medio para probar los hechos<sup>18</sup>, sino simplemente un instrumento para acabar el proceso con el juego de la remisión recíproca de los juramentos que todavía se conoce en algunas legislaciones actuales, pese a que está derogado en la mayoría de latitudes.

Es interesante observar cómo este modo de hacer amplió sus márgenes en la siguiente época del proceso romano: el proceso de cognición clásico. En el mismo se respetó la básica regla de carga de la prueba antes enunciada –que cada cual pruebe lo que dice–, pero la novedad es que el juez único para todo el proceso<sup>19</sup>, propio de esta época clásica, ya no enuncia, como el pretor, los hechos que debían probarse en el proceso, sino que describe a través de una *interlocutio* –hoy sería un auto interlocutorio– cuáles son las pruebas que incumben a cada parte<sup>20</sup>, dando inicio así a una tendencia, la del reparto subjetivo de la carga de la prueba, que determinaría en gran medida cuanto sucedió después.

La tendencia, no obstante, se relajó en el período posterior, el del proceso postclásico. Aunque abundan los recuerdos generales de la idea básica de la carga de la prueba antes enunciada<sup>21</sup> y se empezaron a exigir documentos mucho más precisos para cada pretensión, e incluso para cada parte<sup>22</sup>, como se refleja en algún lugar del *Codex* de Justiniano<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> Nuevamente, KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 118.

<sup>16</sup> KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 266. Para el proceso formulario, *op. cit.*, pp. 363-364.

<sup>17</sup> Relacionando la confesión con la carga de la prueba, ROSENBERG, Leo, *Die Beweislast*, Berlin, 1923, pp. 273 y ss.

<sup>18</sup> Hubo una histórica discusión sobre ello, que arrancó en la Edad Media. *Vid.* NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Berlin, 2012, pp. 78 y ss.

<sup>19</sup> KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 435.

<sup>20</sup> KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 493.

<sup>21</sup> *Vid.* C. 3, 32, 28; 4, 4, 1; 4, 19, 24; 9, 19, 2, 1; 9, 22, 22, 1; 9, 22, 24.

<sup>22</sup> KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 597.

<sup>23</sup> C. 11, 39, 1: *Cautiones servorum publicorum ita demum firmam securitatem debitoribus praestant, si curatorum assignantium vel eorum, quibus exigendi ius est, auctoritate subnixae sunt. Quum autem is, qui exsolvisse dicitur, solam scripturam actoris suscipientis pecuniam promat, ea tantum defensio*

Todo ello consolidó una tendencia que parece evidente que dejó su huella en el proceso medieval, como veremos seguidamente, y condicionó una forma de entender la carga de la prueba en el proceso que ha llegado hasta nuestros días. En el fondo, como puede observarse con facilidad, se estaban sentando las bases del sistema de valoración legal de la prueba, que regiría en los siguientes siglos y cuya compatibilidad con la concepción de la carga de la prueba puede ya comprobarse desde este mismo período histórico. De hecho, el sistema legal constituye una exageración medieval de las normas admonitivas romanas de valoración, exageración debida al apego a la letra de los textos con autoridad del método escolástico, propio de la época. Como vamos a ver, la carga de la prueba sufrió una suerte parecida.

### 3. LA FASE PREVIA EN EL PROCESO MEDIEVAL DEL *IUS COMMUNE*

El proceso del *ius commune*, el *solemnis ordo iudiciarius*, siguió la estela del proceso romano postclásico aunque con diversas variaciones y adaptaciones derivadas, bien de la realidad de la época, bien de defectuosas traducciones. Tampoco se puede decir que fuera el mismo proceso en todas partes de Europa, pero sí que tenía multitud de rasgos en común que le fueron atribuyendo los comentaristas y tratadistas posteriores.

Una de las fases de ese proceso que han quedado más ensombrecidas ha sido la que se celebraba justo antes de la presentación propiamente de la demanda<sup>24</sup>. En una primera audiencia ante el juez, el demandado podía allanarse –*confessio*–, oponer excepciones procesales, o bien entrar en la consideración de que la pretensión era completamente infundada. También se podía comprobar la legitimación del demandado a través de su *interrogatio*, que si era negada por el mismo y no podía ser demostrada por el actor, conducía a la desestimación prematura de la demanda<sup>25</sup>. En consecuencia, se trataba de un primer momento en el que se consideraba la carga de la prueba.

Pero hay más. Una vez presentada la contestación, el juez establecía plazos probatorios en los que se tenía que producir la presentación de los documentos que marcaban las leyes<sup>26</sup> para cada caso concreto a los fines de disponer de una prueba plena<sup>27</sup>. También se marcaban plazos preclusivos para la presentación de testigos<sup>28</sup>, a los mismos fines probatorios<sup>29</sup>. Pero lo

---

*consuevit admitti, si, quod exsolutum est, rationi reipublicae profecisse doceatur. Sane curator vester, si fraude servi constitierit effectum, ut interciperentur a curatore illatae a debitoribus quantitates, de peculio eius, quod eo modo deest, restituet.*

<sup>24</sup> Vid. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 78 y ss.

<sup>25</sup> NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 83-85.

<sup>26</sup> Vid. Partida III, tít. XVIII y sus nada menos que 121 leyes.

<sup>27</sup> Vid. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 160 y ss y 129-130 en cuanto a los grados de prueba.

<sup>28</sup> NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., pp. 130 y ss.

<sup>29</sup> NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., p. 123.

importante es que si no se presentaban unos y otros, ya no se celebraba la prueba y el proceso se perdía irremediablemente. Por tanto, es obvio que la cuestión de quién tenía la carga de probar, es un asunto que se debatía con carácter previo a la práctica de la prueba. De ahí que los manuales situaran su estudio, habitualmente, como primer punto de los temas probatorios<sup>30</sup>.

Y es que no tenía sentido hacerlo de otro modo. En el proceso medieval no se valoraban realmente las pruebas, sino que simplemente se verificaba que los testigos no estuvieran en ninguna de las múltiples causas de inhabilidad que existían<sup>31</sup>, y que los documentos fueran realmente los requeridos por las leyes con un detallismo increíble en ocasiones. Por tanto, la labor de valoración se concentraba exclusivamente en contar los testigos hábiles que finalmente hubieran quedado –tras las exclusiones del propio juez y las eventuales tachas de la parte contraria– para verificar si llegaban al número de dos para obtener la prueba plena. Y con los documentos se comprobaba su autenticidad y carácter completo, es decir, si contenían todos los requisitos legales. En consecuencia, faltando unos y otros al final del término probatorio, ya carecía de sentido seguir adelante con el proceso, pues se podía fallar utilizando la carga de la prueba.

De hecho, era el juez quien distribuía con carácter previo la carga de la prueba<sup>32</sup>, al determinar qué hechos debían ser probados por no ser notorios<sup>33</sup>. Se trataba, por tanto, de una especie de planificación de la fase de prueba, y es que en realidad la carga de la prueba se dirigía a ese objetivo de gestión procesal<sup>34</sup>, más que a los fines de resolver una situación de insuficiencia probatoria, puesto que la misma ya venía resuelta de modo radical a través del sistema de prueba legal, sistema con el que la carga de la prueba, como se verá después, guardaba una total coherencia<sup>35</sup>.

Lo que ocurre es que esa situación de falta inicial del cumplimiento de la carga debía darse pocas veces<sup>36</sup>, al menos en abogados experimentados, pues debían intentar aparentarla hasta que ya no fuera posible. Pero en otros casos debió de concluir prematuramente los procesos. De hecho, en una fase

<sup>30</sup> BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Commentaria in primam codicis partem*, Lyon, 1550, p. 158. DURANTIS, Gulielmus, *Speculum iuris*, pars II, Venecia, 1585, pp. 618-621.

<sup>31</sup> La Partida III, tít. XVI hace un recuento espeluznante, que refleja los prejuicios de la época: personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahúres, lesbianas travestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes (Ley 8), presos, toreros, prostitutas, libertos en pleito de su antiguo señor (Ley 10), siervos (salvo excepciones y bajo tormento, Leyes 12 y 13), así como en pleitos hereditarios, a mujeres y hermafroditas que “tirassen mas a varon que a muger” (Ley 17).

<sup>32</sup> Lo explica ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., p. 29.

<sup>33</sup> NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., p. 124.

<sup>34</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor, 2005, p. 113.

<sup>35</sup> De hecho, remotamente –en el código de Hammurabi– se confundía la carga de la prueba con la valoración legal de la prueba. Lo explico en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p. 50.

<sup>36</sup> Lo advierte el CONDE DE LA CAÑADA (Juan Acedo Rico), *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, t. I, 2.ª ed. Valladolid, 1794, p. 94.

más avanzada se creó el juicio ejecutivo justamente por esa misma razón<sup>37</sup>, en las situaciones en las que el documento a aportar era muy evidente<sup>38</sup>. Si era presentado, comenzaba la ejecución, y si no lo era el proceso no llegaba ni a empezar.

De ese modo, la carga de la prueba habría pasado de ser una orientación del juez durante el proceso formulario, a concretarse en un mecanismo de gestión procesal durante la Edad Media, que también debió de servir a la economía procesal. Ahora bien, de lo que no hay ni rastro es de un uso más concienzudo de la carga de la prueba, similar al actual, lo que no deja de resultar sorprendente, aunque es perfectamente explicable si se atiende a todo cuanto se acaba de comentar.

#### 4. CARGA DE LA PRUEBA Y SISTEMA LEGAL DE VALORACIÓN

Y es que el hecho de que las leyes exigieran pruebas tan precisas gracias al sistema de valoración legal, propició que la decisión de los procesos se simplificara, tanto que se acabó prescindiendo de la valoración de la prueba y se optó por hacer un uso abusivo, que pasó bastante inadvertido<sup>39</sup>, de la carga de la prueba. Es decir, se eligió resolver los procesos mayoritariamente a través de la carga de la prueba. De ese modo, esa institución fue mutando de ese inicial sentido gestor para convertirse en la principal herramienta para la construcción del juicio jurisdiccional.

El procedimiento no cambió demasiado, sino que fue extendiendo la influencia de la carga de la prueba a lo largo de todo el proceso ante las dificultades de darlo por concluido en este estadio previo declarando, por ejemplo, un hecho notorio, lo que exigía un examen detenido de la causa<sup>40</sup>. En realidad, solo se concluía el pleito en esta fase preliminar, como había ocurrido en el pasado romano, si se producía la confesión de una de las partes<sup>41</sup>, aprovechando que dicha declaración de los litigantes era previa a la práctica de la prueba. De ahí probablemente las dudas que surgieron en la doctrina sobre si esas afirmaciones de las partes –las “posiciones”– constituían o no una prueba<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Vid. NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal II: Proceso Civil*, Madrid, 2015, pp. 417 y ss.

<sup>38</sup> Vid. DE HEVIA BOLAÑOS, Juan, *Curia Philípica*, tomo I, reimpr. de la edición de Madrid, 1797, Valladolid, 1989, pp. 100 y ss.

<sup>39</sup> La doctrina de la época apenas se refiere al tema. Vid. DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856, t. II, pp. 137-139. GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro / MONTALBÁN, Juan Manuel, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, Madrid, 1861, p. 384. LASTRES, Francisco, *Procedimientos civiles y criminales*, Madrid, 1874, p. 101.

<sup>40</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, cit., p. 95.

<sup>41</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, cit., p. 95.

<sup>42</sup> Sí la consideró como tal prueba GÓMEZ NEGRO, Lucas, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1838, p. 99.

Presentados los escritos de alegaciones e intentada esa confesión, el juez dictaba el llamado “auto de prueba”<sup>43</sup> en el que, generalmente, eran admitidas todas las pruebas solicitadas por las partes y se abría un extenso plazo para presentarlas. Normalmente se trataba solamente de testigos y documentos<sup>44</sup>. Pasado el plazo, se publicaban las pruebas presentadas, momento en que se podían tachar testigos<sup>45</sup> y documentos. Tras ello venía ya el escrito de conclusiones de las partes –“escrito de bien probado”<sup>46</sup>–, y finalmente la sentencia, en la que se consideraba el pleito del modo más sencillo: computando las pruebas de las partes para comprobar a qué estándares de prueba –plena, semiplena–<sup>47</sup> habían llegado, dictando sentencia en coherencia con lo dispuesto por la carga de la prueba.

En definitiva, la carga de la prueba tenía un cometido esencial en fase de admisión, que era normalmente superada por los letrados, por lo que esa utilidad solía pasar desapercibida, pese a que, lógicamente, debía ser tenida muy en cuenta por los abogados. No obstante, donde adquiría un mayor papel era en fase de conclusiones y, por supuesto, en la sentencia, aunque la doctrina de la época no habla de este punto.

Por tanto, la utilidad principal de la carga de la prueba consistió en saber quién debía probar qué hechos<sup>48</sup>. Para saberlo, aunque en el fondo se seguía la regla básica del Derecho romano que ya se ha repetido varias veces, la práctica poco más hacía que cumplir las mismas leyes que establecían las normas de prueba legal y su interpretación doctrinal, determinando en cada caso concreto qué documento o cuántos testigos debían ser aportados y quién debía hacer esa aportación, conociendo entonces la institución una casuística fragmentación que provocaba no pocas dudas<sup>49</sup>, complicándose notablemente los procesos y el aprendizaje de las diversas reglas.

Por ello, la primera aparición auténticamente científica de la carga de la prueba se produce a principios del siglo XIX, y precisamente se centra en la rúbrica que designa ese contenido: la carga subjetiva o formal de la prueba<sup>50</sup>. Es decir, quién debe probar o llevar a cabo la prueba<sup>51</sup>. Y, por descontado, trata de establecer una regla general para reducir a una uniformidad toda la casuística, reduciendo la misma a una única idea: debe probar aquel que afirma un derecho, y lógicamente debe probar su extinción el que lo niega<sup>52</sup>. Es decir, paradójicamente se volvía a la formulación romana original. Pero

<sup>43</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, cit., p. 94.

<sup>44</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, cit., pp. 98 y ss.

<sup>45</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, cit., pp. 163 y ss.

<sup>46</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, cit., p. 180.

<sup>47</sup> Vid. entre otros muchos DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico*, cit., pp. 139-140.

<sup>48</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., p. 28.

<sup>49</sup> Describe la situación WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, cit., pp. 158.

<sup>50</sup> WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, cit., pp. 154 y ss.

<sup>51</sup> La *Beweisführungslast* a que se refiere ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., p. 28.

<sup>52</sup> WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, cit., pp. 154-155.



intentándose superar todas las complejidades medievales, WEBER volvía en realidad a un extensísimo casuismo de los supuestos concretos<sup>53</sup>.

Sin embargo, lo que resulta más interesante reseñar es que, como ya se advirtió, el sistema de carga de la prueba estaba configurado siguiendo la pauta del sistema de prueba legal, hasta el punto de confundirse con el mismo. Incluso se defendía dicho sistema para luchar contra la arbitrariedad judicial<sup>54</sup>.

## 5. PRUEBA LIBRE Y CARGA DE LA PRUEBA

Todo cambió con la introducción del sistema de libre valoración de la prueba<sup>55</sup>. Con el mismo deja de existir un número de testigos mínimo para probar un hecho. Ya no se señala qué documentos deben servir de manera imprescindible para probar una conclusión. Y tampoco se le atribuye un valor privilegiado a la confesión, por lo que señalar con precisión todos esos medios de prueba acaba resultando inútil.

Justo en ese momento decae toda la utilidad que hasta entonces había tenido la carga de la prueba. Y es que ya no importa propiamente quién debe probar qué hecho, sino que lo que se pretende es determinar la realidad en general, es decir, la averiguación del hecho, con independencia de quién aporte la prueba. Parte de la doctrina puso de manifiesto esta revolucionaria novedad<sup>56</sup>. Sin embargo, la conclusión fue duramente combatida por WACH<sup>57</sup>, dado que desde el principio de aportación de parte no se entendía –naturalmente a primera vista– que no hubiera un reparto de la carga de probar. Pero las palabras de WACH venían inspiradas por el clásico temor, que se repite cíclicamente cada cierto tiempo<sup>58</sup>, acerca del uso del principio inquisitivo en el proceso civil. De hecho, el propio autor no dio más razones al respecto, y tampoco lo hizo ROSENBERG años más tarde. Ojalá en aquel momento

<sup>53</sup> WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, cit., pp. 165 y ss.

<sup>54</sup> Vid. una auténtica loa del sistema en WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, cit., pp. 10 y ss.

<sup>55</sup> Ya apuntó a ello MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, p. 46.

<sup>56</sup> Lo destacó KOHLER, Josef (con Holtzendorff), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Leipzig 1904, pp. 315 y ss. También BAR, L., *Recht und Beweis im Zivilprozeße*, Leipzig 1867, pp. 46 y ss.

<sup>57</sup> WACH, Adolf, “Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung”, *Kritische Vierteljahresschrift*, 14, 1872, p. 357

<sup>58</sup> Vid. Wilhelm ENDEMANN entre 1858 y 1860 en el *Archiv für die Civilistische Praxis*, en especial *Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozeße*, AcP, n.º 41(1858), pp. 289 y ss. Vid. también WACH, Adolf, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 14, 1872, pp. 331 y ss. VON CANSTEIN, Raban Freiherr, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, ZJP, n.º 2 (1880), p. 351. CAVALLONE, Bruno, *En defensa de la verifobia*, en: CAVALLONE / TARUFFO, *Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad*, Lima, 2010, p. 31. MONTERO AROCA, Juan (con GÓMEZ COLOMER Y BARONA VILAR), *Derecho jurisdiccional*, I, Valencia, 2012, p. 266. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, Valencia, 2006, p. 25. Cipriani, *El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes*, en MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, p. 93. TARUFFO, Michele, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, pp. 452 y ss.

hubieran sido conscientes esos autores –que influyeron a toda la doctrina posterior– de que el *secundum allegata et probata*<sup>59</sup> no era mucho más que un intento de los siglos XII-XIII<sup>60</sup> de controlar la arbitrariedad judicial en uso de su propio raciocinio, limitando los materiales de juicio a lo mostrado en el proceso<sup>61</sup>. Es decir, se trataba de garantizar –en la época– el derecho de defensa y la imparcialidad judicial en un contexto histórico de jueces no demasiado instruídos<sup>62</sup>.

Es por todo ello por lo que la doctrina, que fue consciente de lo anterior, intentó salvar la vida de la institución a través de un nuevo concepto: la carga objetiva –o material– de la prueba<sup>63</sup>, también llamada carga de averiguación<sup>64</sup>. Para ese intento de salvación, ROSENBERG, con pleno conocimiento del problema<sup>65</sup>, relaciona la cuestión, no de entrada con la libre valoración de la prueba, sino más bien con el principio de aportación de parte, aunque

<sup>59</sup> Sobre el mismo, *vid.* PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona, 2007, pp. 99 y ss. NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid, 2016, pp. 27 y ss. ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, pp. 944 y ss.

<sup>60</sup> AZZONE, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, p. 237: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & eontrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend.1 surreptionem. & de minor. 25. anno.l.minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

Traducción: “El juez debe juzgar en conciencia y, al contrario, debe juzgar según lo alegado. Se pregunta si el juez, en el proceso civil y penal, debe juzgar según su conciencia. Hay que distinguir entre lo que le sea conocido como juez –esto es, en razón de su oficio–, y lo que conozca por su vida privada. En el primer caso, debe dictar la sentencia según su conciencia, que también puede formar con las alegaciones. [...] ¿Qué tiene esto de extraño? ¿Acaso no es válida la sentencia dictada teniendo en cuenta los testimonios y confesiones que conoce como juez? De ese modo puede conocer todos los datos del asunto. Pero si conoce la verdad por su vida privada, no debe dictar la sentencia según su conciencia, sino (solamente) teniendo en cuenta lo alegado. Y así se entiende de la rúbrica contraria.”

<sup>61</sup> DURANDUS, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785: “*Qualiter aut sententia sit promulganda, clarius explicemus. Et quidem iudex ante omnia debet diligenter cuncta, quae fuerunt in iudicio acta discutere, et cum peritis deliberare, ut s. de requis. cos. in prin. et in si. postmodum partes citandae sunt ad sententiam audiendam, ut extr. de testi. cum olim. in si. aliter non valeret sententia, ut s. de citat. §. viso ver. aliter autem. Deinde est ferenda sententia, iudice sedente pro tribunali in loco consueto, vel alias honesto, utraque parte praesente, vel altera contumaciter absente: (quia contumacia tunc eam pro praesente haberi) sententia prius in scripti redacta, et correcta, sacris et coram se positis, sciat iudex, quia non minus iudicabit, quam iudicet hoc probatur per ordinem 2. q. 3. § notandum versi abolitio et 3.q.3. § spacium ver. a procedente. C. de iudi. properandum et l. rem non novam. C. quomodo et quando iud. ea quae exc. de dolo et contu. veritatis ext. de iur. venientes. Et j. eo.ti.§.iuxta. ver.item non valet et per totum. 1 Item debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam, ut 3.q.7. iudicet ff. de offi. iud. or.si sacerdos 2 et de off. de leg. pastoralis...”*

<sup>62</sup> *Vid.* NIEVA FENOLL, “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, *Justicia*, n. 1, pp. 181 y ss.

<sup>63</sup> Destacando la impropia distinción objetiva-subjetiva, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1214*, en AAVV (dir. ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1991, p. 54. *Vid.* también las reflexiones de JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München, 2011, p. 203. Sobre el tema, *vid.* asimismo DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., p. 416.

<sup>64</sup> *Feststellungslast*. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., p. 34.

<sup>65</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., pp. 76-77.

curiosamente acaba negando que el mismo tenga ninguna influencia al respecto<sup>66</sup>. Sin embargo, como ya se ha dicho, fue claramente la introducción del sistema de libre valoración de la prueba lo que lo cambió todo<sup>67</sup>. Con el sistema de prueba legal se establecía claramente quién debía probar un hecho y resultaba utilísimo saberlo para poder operar en este sistema, puesto que la aplicación de la carga podía resolver toda la cuestión probatoria.

Pero con el sistema de libre valoración se abre un nuevo universo, que es en el fondo el que descubrió ROSENBERG en su relevante obra ya citada. Ya no importa quién pruebe un hecho, ni siquiera si es el juez el que debe procurar la prueba para que el mismo sea demostrado, porque como afirma el autor, en el proceso no es importante quién ha aportado una aprueba o quién ha afirmado un hecho<sup>68</sup>. Lo que interesa es averiguar la veracidad de los hechos, es decir, lo que denomina carga objetiva de la prueba<sup>69</sup>, formando parte de un momento posterior la concreción de a quién le perjudica la falta de prueba de un hecho. La respuesta a lo anterior es obvia: perjudica a quien pretenda la aplicación de la consecuencia jurídica de ese hecho<sup>70</sup>.

Pero esa cuestión se deja ya claramente para el final del proceso<sup>71</sup>, cuando tras una actividad probatoria infructuosa se descubre la “insuficiencia de prueba” –*Beweislosigkeit*–, que es el concepto que a partir de entonces servirá de punto de partida para el uso y estudio de la carga de la prueba<sup>72</sup>, lo que refuerza el cambio radical que operó inadvertidamente la institución, y del que creo que la doctrina posterior a ROSENBERG en su enorme mayoría no ha sido consciente. La insuficiencia de prueba se puede descubrir solamente tras haber intentado valorar la prueba existente, aunque sea mínima. Y de ese modo se produce un decisivo desplazamiento del momento procesal en el que se tiene presente la carga de la prueba: no ya al principio del proceso como había sucedido antaño, sino directamente al final, en el momento del juicio, tras el fracaso de la valoración de la prueba.

<sup>66</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., pp. 34 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., p. 431.

<sup>68</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., pp. 34-35.

<sup>69</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. p. 34: “*Die Feststellungslast sieht dagegen von jeder Tätigkeit der Parteien, streitige Tatsachen zur Feststellung zu bringen, ab; sie fragt nur danach, welche Tatsachen zur Erreichung des begehrten Prozessziels feststehen müssen, und bestimmt die Folgen der Ungewißheit eines Tatumstandes, gleichgültig, ob sie die eine oder die andere oder beide Parteien oder das Gericht um seine Feststellung bemüht haben*”.

<sup>70</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., pp. 36-37.

<sup>71</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., p. 35.

<sup>72</sup> Vid. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., pp. 35 y 55. LEIPOLD, Dieter, *Comentario al §286 ZPO*, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen, 1997”, p. 525. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München, 2011, p. 645. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 112. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1214*, cit., p. 55. NIEVA FENOLL, “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid, 2016, p. 271. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, Madrid, 2015, p. 191. ESCALER BASCOMPTE, Ramon, *La carga de la prueba*, Barcelona, 2017, p. 83.

Sin embargo, todo ello ya no forma parte de un “reparto de cargas”, ni siquiera de una cuestión de “cargas”, sino de la simple averiguación de los hechos en el proceso. En ese instante, en puridad, la carga de la prueba como concepto debió dejar de existir, puesto que ya carecía de toda utilidad.

En el fondo lo vino a reconocer el propio ROSENBERG<sup>73</sup>, aunque de pasada y con otra intención. Tratando de demostrar que las normas de carga de la prueba no son siempre necesarias en el proceso, argumenta –reproduciendo la ya referida historia de la institución– que las mismas no entran en juego en caso de notoriedad, o bien cuando una parte ha confesado un hecho, o bien cuando un juez utiliza máximas de experiencia para construir su convicción... Cuando ROSENBERG escribe –1923–, el uso del concepto de máxima de experiencia no estaba tan extendido<sup>74</sup>, pero hoy sabemos que el mismo es una simple descripción del pensamiento judicial, es decir, de su simple raciocinio o intelecto, que lógicamente se utiliza siempre<sup>75</sup>. De haberse dado cuenta ROSENBERG de ello, quizás hubiera sido otra su conclusión sobre la persistencia de la utilidad de la carga de la prueba en un proceso dominado por la libre valoración de la prueba<sup>76</sup>.

## 6. LA ILOGICIDAD DE LA IDEA RECTORA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Quizás, en realidad, estamos ante lo que ha sido la persistencia milenaria en una idea falsa. Esa idea es el pensamiento base de la carga de la prueba, recargada durante el período del sistema legal de valoración de la prueba y complicada aún más con las llamadas inversiones de la carga de la prueba, pese al intento de simplificación de la facilidad probatoria, más modernamente llamada carga dinámica de la prueba: que el que alega un hecho –lógicamente en su beneficio– lo pruebe.

Y es que a pesar de que esa idea de base romana parece absolutamente lógica, en realidad no lo es<sup>77</sup>. Cuando el proceso era un asunto de las partes que intentaban demostrar algo ante un tercero, que era el juez, lo lógico es que el litigante demostrara lo que le beneficia, pero en realidad no es así. En cualquier proceso una parte afirma siempre hechos, sin más, y muchas veces no dispone de la prueba sobre los mismos. En la actualidad, siendo de ese modo, el litigante lo mejor que puede hacer es no iniciar el proceso, puesto que la otra parte no le va a ayudar, y difícilmente el juez podrá utilizar la

<sup>73</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., p. 55.

<sup>74</sup> STEIN, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 15.

<sup>75</sup> Vid. al respecto SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Contribución al estudio de la prueba*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1969, p. 362. TARUFFO, Michele, *Libero convincimento del giudice. (I Diritto processuale civile)*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, Roma 1990, p. 4. TARUFFO, Michele, “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 557 y ss.

<sup>76</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., p. 77.

<sup>77</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1214*, cit., p. 56.

prueba de oficio, simplemente por una lógica falta de medios muchas veces irremediable<sup>78</sup>.

Pero fijémonos que ello no fue así siempre. Durante mucho tiempo se utilizó la ordalía para resolver los procesos. Cuando la misma se utilizaba, ambas partes carecían de prueba y el juez no tenía manera humana de saber qué había sucedido. Por ello se acudía a esa especie de “ojo que todo lo ve” de la época: la divinidad. Es curioso observar cómo ese fue el modo más ancestral de resolver las situaciones de insuficiencia probatoria. No se dejaba al litigante inerme ante su falta de recursos para probar los hechos que alegaba, sino que se le daba la opción de someterlos a ese juicio divino. De ese modo, la ordalía excluía la carga de la prueba<sup>79</sup>.

Después –o contemporáneamente– vino la carga de la prueba. Ya no se contentaban los jueces con el recurso a la divinidad, sino que exigían a las partes que aportaran una prueba para creerles. En el fondo, ello suponía un alejamiento lento de la superstición porque siguió existiendo durante mucho tiempo el juramento, que no es sino una humanización de la ordalía<sup>80</sup>. Se exigió así que las partes probaran lo que alegaban, pero simplemente porque pareció lógico y justo que debiera perder el proceso quien no disponía de pruebas para demostrar lo que afirmaba.

Pero como digo, esa vía de salida estaba sustentada en un error de base. Constantemente vemos como las partes no disponen de prueba pese a tener toda la razón, y contra ese hecho intentan luchar las inversiones de la carga de la prueba –que suponen en el fondo una negación de la institución en su idea de base– o la más modernamente llamada “prueba de la apariencia”<sup>81</sup>, que trata de aligerar la carga aparentemente sin invertirla. Pero el problema sigue siendo el mismo. En ocasiones se alegan hechos completamente ciertos en el proceso que no pueden ser demostrados.

En Roma se optó, como ya vimos, por una solución práctica: que pruebe el que alega, y si no prueba, perderá el proceso. Pero ello aleja al proceso jurisdiccional de la justicia, que con independencia de cuál sea su definición y fundamentos filosóficos, solo se produce en cualquiera de los casos cuando el juez se aproxima en la mayor medida posible a la realidad de los hechos. En el fondo, la carga de la prueba no es más que una presunción mal construida que permite inferir que quien no tiene prueba de un hecho está alegando un hecho falso. La máxima de experiencia que sustenta esa presunción no tiene razón de ser. Muchas veces no quedan pruebas de un hecho, aunque sea cierto. En el proceso penal es muy frecuente esa situación –agresiones sexuales, por ejemplo–, pero el problema no es ajeno al proceso civil. Con frecuencia

<sup>78</sup> JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 103.

<sup>79</sup> Vid. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit., pp. 41 y ss.

<sup>80</sup> PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 14-15. KOHLER, Josef, Über das Recht in Afrika, en BECHMANN / SENDEL, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neue Folge, tomo XII, der ganzen Folge, tomo 31, München, 1889, pp. 105-106.

<sup>81</sup> Por todos, ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, p. 769.

quien ha pagado una deuda no ha conservado la documentación que acredita el cumplimiento de la obligación, y no lo ha hecho no por mala fe, ni siquiera por descuido, sino simplemente porque confiaba en la buena fe de su acreedor, que no le reclamaría la deuda que ya cobró. Pero sabemos muy bien que eso no siempre es así.

En consecuencia, hace más de dos mil años debió buscarse una solución alternativa a la ordalía o a la carga de la prueba. Pero nunca llegó, o al menos no se impuso con la contundencia que hoy en día sí debiera tener.

## 7. UN PROCESO SIN CARGA DE LA PRUEBA

En consecuencia, ¿cabe imaginar un proceso sin la presencia de la carga de la prueba? Pues bien, aunque la misma sea reconocida por la mayoría de los ordenamientos, que siguen, como es obvio, una larguísima tradición histórica, la respuesta es indudablemente que sí.

La antes vista “carga objetiva de la prueba” dio la pauta para ello, porque en realidad esa carga objetiva no tiene nada que ver con una carga. En un proceso se valora la prueba, y deben optimizarse al máximo las oportunidades de hacerlo. Tras ello, si queda algún hecho ignoto, y ante la necesidad de evitar un *non liquet* que crearía mayor conflictividad social<sup>82</sup>, lo que hay que hacer es simplemente no darlo por probado. Ello en el fondo es un auténtico *non liquet*, que en el proceso penal se interpreta favorablemente al reo<sup>83</sup> para protegerle del prejuicio social de culpabilidad<sup>84</sup>, pero que en el resto de procesos puede dejarse perfectamente sin juzgar. No es que no haya sucedido el hecho; lo que sucede es que se ha intentado probar y no ha sido posible demostrar ni que existe ni que no existe. Y ante esa situación, no se puede aplicar la norma jurídica que parte de su existencia.

Aunque podría ser diferente, no es la carga de la prueba la que asegura la viabilidad del juicio que finalmente se dicte, sino la cosa juzgada. No es que la sentencia declare que el hecho no ha existido, sino que no se puede volver a abrir un proceso por los mismos hechos, dado que no podemos estar poniendo constantemente en cuestión ante la justicia una misma situación. La cosa juzgada es una prohibición de reiteración de juicios<sup>85</sup>, y el juicio en ese proceso es que se procuró probar un hecho pero no se pudo, y ya no se podrá probar nunca más. Proceder de modo contrario nos arrojaría al temido *non liquet* generalizado.

De esa manera, la cosa juzgada es la que cierra el sistema, y no la carga de la prueba. Pero cabe preguntarse qué cambia nuestros procesos esta nue-

<sup>82</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1214*, cit., p. 51.

<sup>83</sup> Sobre la inoportunidad de aplicar el concepto de carga de la prueba en el proceso penal, *vid.* PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho probatorio*, cit., pp. 253 y ss.

<sup>84</sup> *Vid.* NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Madrid, 2013, pp. 106 y ss.

<sup>85</sup> NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona, 2006, p. 119.

va conclusión. En sentido práctico permite que a nadie le sea prejuzgada una pretensión por no disponer de prueba en fase de admisión, como todavía sucede con frecuencia, arrastrándose un modo de entender la institución extraordinariamente anticuado. Y es que obrando de esa forma se produce una lesión del derecho de defensa, dado que se impide actuar en el proceso a quien de entrada no dispone de prueba, pero nada impide que durante la práctica de la misma en el proceso surjan datos que lleven al juez a sustentar la pretensión de ese litigante.

Ello era imposible en el sistema legal de valoración de la prueba, que sí que asentaba con tremenda contundencia ese prejuicio. Pero en el sistema de valoración libre cambia todo. La prueba no solo debe valorarse con libertad, sino que también debe practicarse con esa misma libertad a pesar de que *a priori* pueda parecer que uno de los litigantes carece de prueba. La prueba que aporte la otra parte puede acabar siendo contraria a sus intereses, cuestión que no hay que dejar de lado. Ocurre con frecuencia que un testigo declara justo lo contrario de lo que se esperaba de él, o que un dictamen pericial trae al proceso conclusiones diferentes de las previsibles. Es por ello por lo que es preciso aguardar a que la práctica de la prueba acabe, observándose después cuál ha sido su resultado, sin prejuicio de ninguna clase. De ese modo, un litigante en principio inerte probatoriamente, puede acabar ganando el proceso.

En sentido teórico la desaparición de la carga de la prueba es todavía más relevante. Se nos ahorra el estudio y explicación de un concepto sobreabundante, que en realidad carece de utilidad en el proceso y que cuando se aplica puede conducir a conclusiones desacertadas. Veámoslo.

## 8. LA INOPORTUNIDAD DE LAS INVERSIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA O FACILIDAD PROBATORIA

Ya es injusto de por sí inferir que quien no tiene prueba no tiene razón, o peor aún, que quien no aporta prueba al proceso es porque la está ocultando, al serle adverso su contenido. Esa es la base del pensamiento que está detrás del principio de facilidad probatoria<sup>86</sup> –o carga dinámica de la prueba– y que en realidad es la idea inferencial básica de toda la institución de la carga de

---

<sup>86</sup> Cuyo origen remoto está en también en el siglo XIII, en DE FANO, Martino, *Negativa qualiter probanda*, en AAVV, *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus*, t. IV, Venecia 1584, p. 12, n. 3 (“Probandi facilitas transmittit onus probationis. Legitimatío personae standi in iudicio per quem probanda”): “*Quarto fallit, quando illud quod negatur, esse quodmodo impossibilis probationis quo ad ipsum negantem, et facilis probationis quo ad adversarium. exemplum, si teneris mihi quolibet anno pro anima patris dicere unam missam, nam si allego te non dixisse hoc anno, impossibilis mihi esse talis probatio, et quo ad te facilis probatio censetur, merito tibi tale onus incumbit propter facilitatem. ad hoc induco Bald. in l. cum mulier in sua repeti solu matri.*” No obstante, BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, t. II, Lib. VII, cap. XVI, p. 163, se había referido también al mismo.

la prueba. Se exigió probar los hechos constitutivos al demandante porque es lo que *a priori* le es más fácil, y los impeditivos, extintivos y excluyentes al demandado por la misma razón.

Y cuando ello no funcionaba, se obró de la misma forma pero al revés, aunque de una manera curiosa. Si realmente existiera una inversión de la carga de la prueba se supondría que el demandante debería probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes y que el demandado debería probar los hechos constitutivos. Pero no es así<sup>87</sup>. En los casos de inversión de carga de la prueba lo que sucede habitualmente es que al demandante le basta con alegar lo que afirme, siendo el demandado quien tiene que descartar la presencia del hecho constitutivo. Es decir, lo que sucede en estos supuestos es que el demandante es relevado de prueba. Se supone que de esa forma se favorece su posición en el proceso, que se supone débil, haciendo de ese modo que se materialice el principio de igualdad de partes.

Sin embargo, las cosas son muy distintas. Analizando simplemente las dos normas de inversión de carga de la prueba del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>88</sup> –idénticas o similares a las existentes legal o jurisprudencialmente en otros países– cabe concluir que si bien dichas normas están formuladas con la mejor intención, pueden producirse resultados absolutamente ajenos a su vocación:

— En los procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita (art. 217.4 LEC), la situación es que un empresario se ve afectado por la actividad comercial desleal, o por la publicidad engañosa, de otro empresario rival. Pues bien, demandando el primero al segundo, resulta que el demandado debe acreditar que su competencia no fue desleal o que la publicidad que realizó estaba basada en la veracidad, sin que el demandante deba acreditar esos extremos, sino simplemente denunciar el acto ilícito.

Lo que cabe preguntarse es qué sucedería si no existiera una tal norma. Simplemente que el demandante demostraría indiciariamente su alegación y que el demandado la desmentiría. Es decir, lo mismo que sucede con esta supuesta norma de inversión, que planteada en estos términos lo cierto es que carece de sentido. La razón es la de siempre: la vigencia del sistema de valoración libre. Y es que, efectivamente, si la valoración de la prueba fuera legal, el demandante no tendría ninguna oportunidad al no poder probar de manera “plena” absolutamente nada, dado que los datos de la competencia y de la publicidad son comerciales y están en poder del demandado.

— En los procesos por discriminación por razón de sexo (art. 217.5 LEC), el demandado debe probar que no existió tal discriminación. Nuevamente, la carga de la prueba es ajena a ello. De no existir, el demandado haría exactamente lo mismo, aunque hay que reseñar que en este supuesto, la inversión

<sup>87</sup> Cfr. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 126.

<sup>88</sup> Sobre las mismas, *vid.* ampliamente ESCALER BASCOMPTE, *La carga de la prueba*, cit., pp. 114 y ss. TRUJILLO CABRERA, *La carga dinámica de la prueba*, Bogotá, 2006, pp. 83 y ss.



puede sumir al demandado en una *probatio diabolica*<sup>89</sup>. Aunque se trate de medidas que se han concretado en actuaciones precisas, partiendo de una especie de sospecha legal va a ser casi imposible demostrar que no fueron discriminatorias, salvo que muy claramente las medidas estuvieran enfocadas a lo contrario: a salvaguardar la igualdad de género. Sea como fuere, la carga de la prueba tampoco se invierte en este caso ni tiene la más mínima trascendencia.

Y así sucede también con la aplicación de la facilidad probatoria<sup>90</sup> o carga dinámica<sup>91</sup>. En realidad la misma solo es una relajación de los estrictos criterios de distribución de la carga propios del sistema de valoración legal, pero que pierde su sentido al no existir dichos criterios ni el sistema en el que se basa, que vedaba la prueba de los hechos negativos al basarse en el principio de que el actor debía probar los hechos constitutivos de su pretensión. Lo que sucede en el sistema de libre valoración es que los hechos se someterán a prueba en el proceso con independencia de quién aporte los medios al mismo. El demandado, en ese sistema de prueba libre, ya no puede esperar que el demandante no consiga probar su pretensión, sino que tiene que aportar la prueba necesaria para intentar ganar el proceso. Hacer lo contrario sería altamente imprudente, exista o no el criterio de la facilidad probatoria.

---

<sup>89</sup> Vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Madrid, 2011, pp. 117 y ss. ESCALER BASCOMPTE, *La carga de la prueba*, cit., p. 98.

<sup>90</sup> BESSO-MARCHEIS, "La vicinanza della prova", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, 2015, pp. 93 y ss. En: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>.

<sup>91</sup> PEYRANO, Jorge W. (dir. y coautor), *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos aires 2008, en especial pp. 13 y ss., 19 y ss. y 75 y ss.

