

Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona

Autopsia de la carga de la prueba

Sumario

La carga de la prueba es una institución histórica cuyo sentido arranca realmente en el Derecho medieval del proceso romano-canónico, junto con el sistema de valoración legal de la prueba. Se ha mantenido por diversas razones muy interesantes en el mundo del Common Law, pero perdió sentido en los ordenamientos del Civil Law con la introducción de la libre valoración de la prueba, el principio de adquisición y la inviabilidad científica para distinguir racionalmente entre diversos niveles de prueba. Desde entonces, lo que ha quedado no es tanto un concepto, sino una simple expresión vacía que solamente sirve a los tribunales, en realidad, para eludir con su cita la motivación de la valoración de la prueba, más allá de una sorprendente imprecisión doctrinal para definir lo que realmente sea la carga objetiva de la prueba.

Abstract

The burden of proof is a historical institution whose meaning dates back to the medieval judicial process of Roman-Canon law, together with the system of legal evaluation of evidence. It has been maintained for various interesting reasons in the Common Law world, but has lost its meaning in Civil Law systems with the introduction of the free assessment of evidence, the “principle of acquisition” – both parties can benefit from each other’s evidence– and the scientific impossibility of rationally distinguishing different levels of proof. Since then, what has remained is not so much a concept, but a simple empty expression that only serves the Civil Law courts, in reality, to evade with its citation the motivation of the assessment of evidence, beyond a surprising doctrinal imprecision in defining what the “objective burden of proof” –burden of persuasion– really is.

Title: Autopsy of the burden of proof

Palabras clave: Common Law, Civil Law, Valoración de la prueba, Estándares de prueba

Keywords: Common Law, Civil Law, Evidence assessment, Standards of proof

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.13

3.2025

Recepción
10/03/2025

-
Aceptación
04/04/2025
-

Índice

-

- 1. Introducción*
- 2. Las diferencias estructurales entre el proceso continental y el del Common Law.*
- 3. Deja de tener sentido la carga subjetiva en el proceso del Civil Law.*
- 4. La carga objetiva equivale a la valoración de la prueba.*
- 5. ¿Qué queda del concepto?*
- 6. Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Desde que hace ya siete años publiqué el primer estudio¹ sobre la carga de la prueba en el que denunciaba, bien la inutilidad de la institución –aspecto subjetivo–, bien su sobreabundancia dogmática –aspecto objetivo–, no he recibido una auténtica impugnación de mis ideas basada en razones salvo en el caso de Luca PASSANANTE², aunque sólo en la vertiente subjetiva, y en el caso de Jordi FERRER BELTRÁN³, en este caso solamente en la objetiva, coincidiendo ambos autores en el resto de mis ideas, como veremos más adelante en el presente ensayo, y por supuesto respondiéndoles en la discrepancia. Vitor de Paula RAMOS⁴ también ha expuesto renovadas conclusiones en las que coincide en parte con mis ideas. Michele TARUFFO confirmó la totalidad de mis afirmaciones al respecto, tras una muy profunda reflexión que me consta personalmente y que en gran medida publicó⁵. Por lo demás, se han limitado los autores a repetir ideas tradicionales, como si la repetición fuera un argumento.

Por mi parte, profundicé posteriormente mis ideas en dos trabajos más⁶. En la presente ocasión realizaré una exposición de esas ideas que hasta ahora he ido publicando para facilitar aún más ese ansiado debate, aunque añadiendo algunos datos importantes. Lo haré intentando ser lo más sencillo y sintético posible. Es más fácil hacerlo ahora, tras haber comprobado una y mil veces la conclusión, muchas veces en público y con muchos ejemplos concretos. Al exponer las ideas por primera vez, en el fondo se está elaborando todavía el pensamiento, lo que impulsa al autor a exponer matices que despistan de la idea principal, más que la clarifican. Intentaré, por ello, ser más directo y resumido en este trabajo.

¿Por qué poner en cuestión la carga de la prueba, si es un concepto asumido por toda la doctrina⁷ y utilizado con –demasiada– comodidad, o incluso superficialidad o inconsciencia, por la jurisprudencia? Porque es una noción pasada de época, que tuvo su sentido en el régimen de valoración legal, pero que ya no lo tiene siquiera en el ámbito del *Common Law* en el que se ha

* Autor/a de contacto: Jordi Nieva-Fenoll (nievafenoll@gmail.com).

¹NIEVA FENOLL, Jordi, «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», *Revista Italo-española de Derecho Procesal*, 2018, n. 1, pp. 1 y ss.

²PASSANANTE, Luca, «Per la difesa dell'onere della prova», en Saccoccio; Cacace (ed.), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, Torino y Milano 2020, pp. 798 y ss.

³FERRER BELTRÁN, Jordi, «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 73 y ss.

⁴RAMOS, Vitor De Paula, «Nuevos debates sobre la “carga” de la prueba. Acuerdos y desacuerdos entre la doctrina sobre el tema», en Bejarano; Rojas; León, *Lecciones constitucionales de Derecho probatorio*, Tomo III, 2022, pp. 92 y ss.

⁵TARUFFO, Michele, «Casi una introducción», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 18-21.

⁶NIEVA FENOLL, Jordi, «Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado», *InDret*, 3/2020, pp. 406 y ss, NIEVA FENOLL, Jordi, «Requiem por la carga de la prueba», *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 4, 2022. Los tres trabajos fueron compilados en NIEVA FENOLL, Jordi, *Trilogía sobre la carga de la prueba: hacia su abolición*, Palestra, Lima 2024.

⁷Vid. los trabajos más recientes y originales de D'ALESSANDRO, Elena, «Onere della prova e legge applicabile», *Giurisprudenza Italiana*, noviembre 2018, pp. 2542 y ss. MITIDIERO, Daniel, «O Ônus da Prova e seus Inimigos», *Revista de Processo*, vol. 306, 2020, pp. 17 y ss, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba en supuestos de discriminación. Su regulación en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

convertido, o bien en una amenaza –*burden of production*–⁸ o bien en un imposible práctico –*burden of persuasion*–⁹. Intentaré demostrarlo en las líneas que siguen.

2. Las diferencias estructurales entre el proceso continental y el del *Common Law*

Es ilustrativo exponer con carácter previo una cuestión que clarifica bastante las cosas, o al menos las deja más fáciles de entender: las diferencias entre la estructura del proceso en el ámbito del *Common Law* y en el continental¹⁰.

En el primero, el proceso sigue al pie de la letra la misma configuración que tuvo en Roma desde el remoto proceso de las *legis actiones*¹¹: distribución en dos períodos llamados fase *in iure* y fase *apud iudicem*. La idea de esas dos fases fue que en la primera, el *praetor* se cerciorara de la existencia del litigio¹², asesorara a las partes sobre el derecho aplicable¹³, comprobara si había algún defecto procesal –particularmente la cosa juzgada–¹⁴ que impidiera el proceso, pero sobre todo analizara finalmente si los litigantes, al menos *prima facie*, tenían alguna prueba de lo que afirmaban, a fin de evaluar si merecía la pena pasar a la fase siguiente. El pretor observaba sobre todo si las partes ofrecían testigos en esa parte final de la fase *in iure*, que fue llamada, precisamente por la referencia a los testigos –*cum testibus*–, *litis contestatio*¹⁵. Así concluía la fase *in iure*, siendo dedicada la *apud iudicem* –habitualmente ante un jurado–¹⁶ a la práctica de los interrogatorios.

El actual proceso del *Common Law* es un calco de lo anterior, y lo viene siendo desde siempre. Ya no se designan las fases en idioma latino, sino que se denominan respectivamente *pretrial* y *trial*, categorías que han hecho fortuna en la doctrina internacional. Además, se ha sublimado el papel del *pretrial*, en el sentido de que lo que empezó siendo una simple comprobación superficial de que el litigante poseía documentos y testigos para defenderse en el *trial* –ese es el origen remoto de la carga subjetiva de la prueba–, actualmente favorece un prejuicio muy inquisitivo del juez que acaba con buena parte de los procesos, y que es, de hecho, lo más temido en esa primera fase. Resulta que si al juez no le convencen –insisto, convencen– las pruebas que están ofreciendo los litigantes –o uno de ellos–, dictará una resolución –*summary judgment*–¹⁷ en la que dirá que el caso no tiene perspectivas de éxito para una de las partes, fallando a favor de la otra sin celebrar el *trial*. Semejante amenaza ha hipertrofiado esta primera fase, que puede durar mucho tiempo –de dos a seis años–¹⁸, y que en realidad parece más enfocada, hoy en día, no a preparar el *trial*, sino a agotar económica y anímicamente a las partes para que lleguen a un acuerdo, lo que se consigue en un número elevadísimo de ocasiones gracias, en parte, al llamado *Rambo*

⁸Civil Procedure Rules. Part. 24. Summary Judgment.

⁹GINTHER, Matthew; CHENG, Edward K., «Surprise vs. Probability as a Metric for Proof», *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018.

¹⁰Vid. NIEVA FENOLL, Jordi, «¿Es tan diferente el proceso civil inglés de los procesos del continente?», *Diario La Ley*, n. 10384, 9-11-2023.

¹¹KASER, Max; HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München 1996, p. 37.

¹²KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 45.

¹³KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 70.

¹⁴KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 70.

¹⁵KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. pp. 75 y ss.

¹⁶KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. pp. 33-34.

¹⁷Part. 24 CPR para Inglaterra y Gales. En EEUU, vid. Rule 56, Summary Judgment, Federal Rules of Civil Procedure.

¹⁸ANDREWS, Neil, *English Civil Justice*, Oxford University Press, 2009-2010, p. 21.

*Lawyering*¹⁹, que no es sino un modo repugnante de conducir un proceso, pero que puede acabar disuadiendo a las partes de continuar el proceso, motivándolas a llegar a un acuerdo que, desde luego, a la vista está, no tiene nada de espontáneo ni de voluntario.

Sin embargo, en el continente –es decir, en el proceso del *Civil Law*– se dejó de distinguir entre ambas fases procesales con la codificación del siglo XIX, pero sobre todo desde que KLEIN²⁰ y su ZPO de Austria introdujeron la audiencia previa en 1895²¹. Además, la fase *apud iudicem* de lo que había quedado en el siglo XIX del proceso romano-canónico, medieval hacía mucho tiempo que estaba destinada solamente a la ratificación escrita de los testigos y, en su caso, a la presentación de escritos de conclusiones de los abogados de las partes. De ese modo, aunque todavía se percibía por entonces la estructura bifásica y la fase *in iure* había estado destinada a resolver los defectos procesales²² y a la exigencia de presentación de medios de prueba por cada una de las partes, la distinción entre ambas fases se perdió con las referidas codificaciones y el posterior impulso doctrinal de la oralidad²³, favorecido por la citada reforma austríaca de KLEIN y la doctrina de WACH²⁴, pero de origen incuestionablemente inglés²⁵.

De ese modo, lo que ocurre en los sistemas de *Civil Law* es que las partes presentan sus escritos de alegaciones, piden prueba que suele ser admitida sin grandes dificultades, e inmediatamente después se practica dicha prueba y se dicta sentencia. En cambio, en el *Common Law*, la demanda y la contestación solamente son pretextos para iniciar el proceso, puesto que la primera batalla importante se libra durante el resto del *pretrial* –no realmente con los escritos iniciales–, convenciendo al juez de que las pruebas ofrecidas van a servir para defenderse en un *trial* al que casi nunca se llega –sólo un 3% de los casos²⁶–. De ese modo, durante dicho *pretrial* se desarrolla un debate procesal de altura, muy activo y con intensa intervención judicial²⁷.

Algo así simplemente no sucede en los procesos del continente. En los procesos del *Civil Law*, la demanda y la contestación son los actos procesales más importantes del proceso, en los que se desarrolla la enorme mayoría de la retórica de los abogados en torno a los hechos y el derecho, y se juega con la casi completa seguridad de que se celebrará prueba, es decir, que se pasará con certeza a la fase siguiente, certeza que no existe en los sistemas del *Common Law*, sino más bien todo lo contrario. En esa fase de alegaciones, el juez tiene un rol completamente pasivo, casi ausente. Además, la prueba posterior tiene en realidad una importancia bastante más secundaria que en el *Common Law*, a pesar de que está ganando alguna relevancia últimamente en ocasiones.

¹⁹Vid. MARCUS, Richard, «Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience», *Kansas Law Review*, 61, 2013, pp. 821 y ss. WILBERT, Joseph R., «Muzzling Rambo Attorneys: Preventing Abusive Witness Coaching by Banning Attorney-Initiated Consultations with Deponents», *Geo. J. Legal Ethics*, 21, 2008, pp. 1129 y ss.

²⁰KLEIN, Franz, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Viena 1900.

²¹§§ 239 y ss de la ZPO austríaca, en su versión de 1895. Actualmente está regulada únicamente en el § 258.

²²Vid. NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Springer, Heidelberg 2012, p. 99.

²³CHIOVENDA, Giuseppe, «Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno», en: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma 1930, pp. 379 y ss. CAPPELLETTI, Mauro, «L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà», *Politica del diritto*, III, n. 2, abril 1972, pp. 189 y ss. CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1962.

²⁴WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, T. I, Duncker & Humblot, Leipzig 1885, p. 138.

²⁵BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Clarendon Press, Oxford, 1775, pp. 372-373. BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Hector Bossange, Paris, 1823, pp. 32-36.

²⁶Según una estadística que recogía los casos entre 2000 y 2018 publicada por Grosvenor Law. <https://www.grosvenorlaw.com/2019/11/14/how-many-civil-cases-actually-go-to-trial/#:~:text=Taking%20an%20average%20of%20the,to%20a%20fully%20contested%20trial>.

²⁷RESNICK, Judith, «Managerial Judge», *Harvard Law Review*, n. 96, 2, dic. 1982, pp. 376 y ss. CHAYES, Abram «The role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review*, n. 89, 7, mayo 1976, pp. 1284 y ss. TARUFFO, Michele, «Il processo civile di 'civil law' e di 'common law': aspetti fondamentali», *Foro italiano*, 2001, pp. 34 y ss.

Sin embargo, los interrogatorios de partes y testigos del proceso del *Civil Law* ni mucho menos tienen la extensión y profundidad que los del *Common Law*, que están pensados, no para persuadir al juez del *pretrial*, sino a un jurado en el *trial*. Incluso siendo frecuente actualmente, en varios países del *Common Law*, que sea un juez quien dirija el *trial* y dicte la sentencia, los interrogatorios siguen celebrándose exactamente de la misma forma que si hubiera que convencer a un jurado.

Finalmente, quién gana el proceso depende en el ámbito del *Common Law* de cuál de los litigantes crean –insisto, con más o menos matices, crean²⁸– los jueces o los jurados que han alcanzado la cantidad de prueba requerida para vencer. Es lo que se denomina estándares probatorios²⁹. Esos estándares también existieron en el mundo del *ius commune*³⁰, y eran la *semiplena probatio*, la *plena probatio* y la *probatio plenissima* en el proceso penal³¹. También eran, efectivamente, medidas de prueba³² y, a diferencia del *Common Law*, era evidente cuándo concurrían, al menos los dos primeros³³. Sin embargo, el carácter absurdamente rígido de esos estándares del *ius commune* hizo que en Inglaterra³⁴, buscando la racionalidad, (re-)surgiera el sistema de libre valoración de la prueba, después extendido a todo el mundo entre los siglos XIX y XX³⁵. En el fondo, como veremos, esos estándares o medidas de prueba del proceso romano-canónico eran casi idénticos a los estándares del *Common Law*. La razón es que los estándares de prueba anglosajones provenían precisa y directamente de esas medidas de prueba del *solemnis ordo iudiciarius*. Hay pocos secretos en ese sentido.

Vaya por delante que aunque ambos sistemas procesales han experimentado profundas reformas, sin duda el que más se ha alejado del modelo romano inicial, y en realidad del modelo medieval, es el proceso de los países del *Civil Law*, a diferencia de lo que suele afirmarse. El hecho cierto es que en el mundo del *Common Law* el proceso respeta, aun con variaciones relevantes, la estructura del antiguo proceso romano-canónico. Es decir, justo lo contrario de lo que, habitualmente sin decirlo, cree la doctrina tradicionalmente en ambos mundos jurídicos. Hay que insistir en esa idea hasta que se comprenda y se asuma, porque clarificará muchas incógnitas y evitará debates y complejidades absurdas de cara al futuro.

3. Deja de tener sentido la carga subjetiva en el proceso del *Civil Law*

²⁸Vid. CLERMONT, Kevin, «Staying Faithful to the Standards of Proof», *Cornell Law Review*, n. 104, 1457 (2018-2019), p. 17. LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press 2006, pp. 83-84. ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S., «Relative Plausibility and Its Critics», *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April 2019, pp. 9, 22.

²⁹Vid. TUZET, Giovanni, «Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification», *Artificial Intelligence and Law*, 2020, 28, p. 100. POLI, Roberto, «Gli standard di prova nella giurisprudenza della cassazione civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 2023, pp. 462 y ss.

³⁰Reconociéndolos como estándares, LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law*, cit. pp. 81-82. SHAPIRO, Barbara, «Beyond reasonable doubt and probable cause», University of California Press, Berkeley 1991, p. 3.

³¹AZÓN, *Summa Azonis*, Venecia 1581, Lib. III, 1 (de iudiciis), puntos 18 y 19, p. 158.

³²HUBER, Michael, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1983. ROMME, Oliver, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweismass und Beweislast*, Heymann, Köln 1989. SCHERER, Inge, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, ("Prozessrechtliche Abhandlungen", Bd. 101), Heymann, Köln 1996.

³³BALDO DEGLI UBALDI, *Practica Baldi*, Perugia 1521, folio 39 vuelto. JAUMAR Y CARRERA, Joaquín, *Práctica forense*, Barcelona 1840, pp. 39-45.

³⁴*The Reports of Sir Edward Coke*, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley's case, p. 122. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

³⁵Ley francesa de 16-21 de septiembre de 1791. Arts. 312 y 342 del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. § 286 ZPO.

La mayoría de los Estados de la Europa continental se vieron compelidos a un proceso de codificación procesal siguiendo la estela de los franceses *Code de procédure civile* (1806) y *Code d’Instruction Criminelle* (1808). En muchos casos se trató solamente de poner en orden las dispersas normas medievales. Sin embargo, además se introdujo, en general, un cambio que fue decisivo en esta materia. Se pasó de una preponderancia del sistema de valoración legal de la prueba a una casi completa desaparición –con excepciones– de este sistema medieval en beneficio de la *intime conviction* proveniente de Francia³⁶, es decir, la libre valoración de la prueba en su denominación germanizada –*freie Beweiswürdigung*–³⁷, que tenía su origen en el sistema procesal inglés³⁸, que había ido superando las antiguas reglas legales del proceso romano-canónico sobre todo por la influencia del proceso por jurados, pero no solamente. En realidad, lo que existió fue también una impronta racionalista proveniente del empirismo inglés³⁹ que se estaba abriendo paso más despaciosamente en el continente.

Conviene fijarse ahora muy de cerca en la tremenda trascendencia de este cambio para la subsistencia de la carga de la prueba, en su variante subjetiva. Antes del tránsito al nuevo sistema, los jueces no valoraban realmente las pruebas, sino que les atribuían valores numéricos y se las iban sumando de manera acrítica a cada parte en la sentencia, en función de quién había presentado cada prueba⁴⁰.

Es muy importante entender que era completamente inexistente la posibilidad de que la prueba presentada por una parte pudiera beneficiar a la otra⁴¹. No existía la figura del testigo hostil, porque no se realizaban interrogatorios de testigos. Lo más que podía pasar es que un testigo designado no compareciera a ratificarse, nada más. No se concebía, porque era imposible, que la prueba presentada por una parte pudiera sumar para la victoria de la otra, lo que hoy es perfectamente posible, como es lógico.

El cambio definitivo sobrevino con la ZPO alemana de 1877. En ese texto legal, en su actual § 286⁴² –originalmente fue el § 259–, se dijeron unas palabras, sobre las que ROSENBERG⁴³ llamó correctamente la atención, pero que nadie realmente ha conseguido traducir en su idea original en idioma alemán, salvo CHIOVENDA⁴⁴, que no tradujo, pero en este caso sí que captó acertadamente el sentido de un término fundamental de difícil traducción a una lengua latina: “*gesamten*”. Dicha norma dice literalmente que el tribunal debe considerar el contenido “conjunto” de las pruebas –*Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme...*–. Pero ese “conjunto”, o global, no quiere decir realmente que deba valorar todas las pruebas a la vez, como se ha solido decir tantas veces, porque ello es imprescindible e inevitable en un proceso que respete la igualdad de partes. Lo que quiere decir esa palabra es que el juez debe valorar las pruebas de

³⁶Ley francesa de 16-21 de septiembre de 1791. Arts. 312 y 342 del *Code d’Instruction Criminelle* de 1808.

³⁷§ 286 ZPO.

³⁸*The Reports of Sir Edward Coke*, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley’s case, p. 122. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

³⁹HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, John Noon, London, 1738.

⁴⁰Vid. JAUMAR Y CARRERA, *Práctica forense*, cit. p. 48. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 190.

⁴¹ROSENBERG, Leo, *Die Beweislast*, C.H. Beck, Berlin 1923, pp. 28 y ss.

⁴²§286 Freie Beweiswürdigung 1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

⁴³ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. p. 30.

⁴⁴CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale*, Jovene Editore, Napoli 1923, p. 748.

ambas partes sin tener en cuenta quién las ha aportado⁴⁵, como material probatorio global del proceso. De esa manera, obviamente, la prueba de una de las partes puede beneficiar a la otra, que es justamente lo que había sido completamente imposible en el proceso romano-canónico⁴⁶, o sólo lo fue excepcionalmente⁴⁷. Sin embargo, con ese precepto de la ZPO se introdujo el “principio de adquisición”⁴⁸, que supone, precisamente, que ambas partes pueden aprovechar la prueba de la contraria. Y como dijo muy claramente ROSENBERG⁴⁹, con ello desapareció la carga de la prueba en su versión subjetiva.

Sin embargo, quedó un sistema procesal en el que la carga subjetiva de la prueba, denominada *burden of production*⁵⁰, siguió teniendo relevancia: el del *Common Law*, pero sólo en la fase de *pretrial*, como de hecho había sido originalmente también en el proceso romano-canónico. En ese sistema anglosajón, como ya se ha dicho, el juez prácticamente amenaza a las partes de forma, insisto, completamente inquisitiva, para que vayan aportando las pruebas que el propio juez les señala, habitualmente a sugerencia de la parte contraria. Si no lo consiguen, les hará perder el proceso sin llegar al *trial* con el antes citado *summary judgment*⁵¹. Sin duda, en ese sistema tiene sentido todavía la carga subjetiva de la prueba. En cambio, en los sistemas del *Civil Law*, ese sentido no está presente porque la admisión de prueba no tiene, en absoluto, ese papel. Los jueces admiten casi toda la prueba y, además, con la demanda y la contestación se suele aportar ya abundante documentación que, sin duda, va a ser objeto de análisis en la sentencia. No existe una posibilidad de finalización anticipada del proceso por no haber cumplido con la carga subjetiva de la prueba. No hay *summary judgment*, para que se entienda mejor. Incluso en el caso de que fuera evidente que una de las partes no posee prueba para defenderse, se practicará la prueba de la parte contraria y después, sólo después, se dictará la sentencia.

Sin embargo, la doctrina del *Civil Law* reclama y mantiene, con algo de confusión, una especie de significación o rol de la carga subjetiva de la prueba en la sentencia, lo que carece de sentido histórico, como es evidente. La idea de la doctrina sería, aproximadamente, que el hecho de que una de las partes no haya aportado prueba puede servirle al juez para dictar una sentencia en contra de uno de los litigantes, pero sólo en casos en los que no haya prueba, como sostiene buena parte de la doctrina alemana al hablar de la *Beweislosigkeit*⁵².

Pero esta imagen es completamente falsa. alguna prueba siempre hay, aunque sólo se trate de la documentación aportada en la demanda, o incluso la declaración de cada litigante, si se practica. Es inimaginable que los litigantes acudan al proceso sin ofrecer medios de prueba. Ni siquiera los acusados en un proceso penal llegan al mismo sin pruebas en su favor en absoluto, salvo casos excepcionales. E incluso en esos supuestos, al menos en EEUU, se espera del abogado de la

⁴⁵Nuevamente, ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. p. 30.

⁴⁶NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 127.

⁴⁷NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 191.

⁴⁸CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale*, cit. p. 748.

⁴⁹ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. p. 30.

⁵⁰Entre otros muchos, REDMAYNE, Michael, «Standards of Proof in Civil Litigation», *Modern Law Review* 62, no. 2, Marzo 1999, p. 172.

⁵¹En el Reino Unido, Civil Procedure Rules. Part. 24. Summary Judgment. En EEUU. Rule 56, Summary Judgment, Federal Rules of Civil Procedure.

⁵²Vid. entre otros, ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pp. 35 y 55. LEIPOLD, Dieter, «§286 ZPO», en STEIN; JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen 1997, p. 525. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München 2011, p. 645. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Art. 1214», en Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1991, p. 55. ESCALER BASCOMPTE, Ramon, *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona 2017, p. 83.

defensa que se esfuerce en la búsqueda de prueba de descargo⁵³, lo que también es función, por cierto, del ministerio fiscal⁵⁴.

Por tanto, lo que sucede en los sistemas de *Civil Law* es que el juez falla en contra de un litigante, no porque no haya aportado prueba, sino porque la –poca– prueba que ha aportado no le convence, que es muy diferente, lo que se traduce en una pérdida del proceso como consecuencia de que la valoración de la prueba le es adversa al litigante, y no porque “no haya cumplido la carga de la prueba”, al contrario de lo que se dice tantísimas veces en las sentencias, precisamente para que el juez se ahorre la motivación de la valoración de la prueba, que es más compleja.

Lo evidencia, entre muchas otras, una sentencia del Tribunal Supremo español⁵⁵ cuando dice:

«La regulación sobre la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de non liquet (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3.º LOPJ y 1.7.º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba».

Con estas palabras se pone de manifiesto la impresionante mezcla histórica de categorías y nociones que se ha operado en materia de carga de la prueba. Fijémonos que, de acuerdo con la jurisprudencia, la premisa de la que tiene que partir el juzgador es que no están “suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso”, lo que es una cuestión, de entrada, ajena a la carga de la prueba, dado que, en realidad, atañe muy claramente a la valoración de la prueba, es decir, a la formación de la convicción del juez sobre la existencia de un hecho apreciando la prueba que exista sobre el mismo.

Pues bien, a partir de esa convicción, la jurisprudencia cree que hace falta una norma adicional que le diga al juez a quién beneficia la prueba de un hecho y a quién le perjudica su falta. ¿No es ello evidente? Desde luego, en el caso citado lo era, y así de hecho lo declaró la sentencia.

Sólo conservaría un aparente papel la carga subjetiva de la prueba cuando se intentan aplicar esas excepcionales reglas legales que falsariamente obligan a una de las partes a probar un hecho en situaciones muy concretas, como sucede, por ejemplo, con el art. 217. 4 y 5, precepto en el que se dice:

«4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

⁵³Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

⁵⁴§160.2 StPO: (2) Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.

⁵⁵STS (Sala 1ª) 829/2021, 30-11-2021, FD 3.

5. En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por rAZÓN del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

En estos casos, el legislador parece estar utilizando la carga subjetiva de la prueba, y de hecho es seguro que el legislador también lo creía de ese modo, al situar esas normas precisamente en ese precepto. Pero no es así. Obsérvese que en estas disposiciones, lo que hace la ley es recordarle al demandado que debe defenderse en el proceso, cosa que hará con seguridad y, si no lo hace, o lo hace de forma insuficiente, probablemente será condenado porque el juez no creará sus alegaciones fácticas. En el primer caso, el proceso lo habrá entablado un rival comercial que se queja de competencia desleal o publicidad ilícita como consecuencia de alguna información falsa o inexacta sobre su propio producto o el del rival. En ese proceso, existiera o no la norma, no le cabe al demandado otra posibilidad que probar la exactitud de sus informaciones comerciales. Y cuando ofrezca esa prueba y se practique, el juez la declarará creíble o no, pero no utilizando la “carga de la prueba”, sino la valoración de la prueba. Es decir, el juez determinará si le parece creíble la información aportada por el demandado. Y si no se lo parece, no le condenará porque no haya cumplido con su carga de la prueba, porque pruebas, con seguridad, habrá aportado. Ocurrirá que el juez apreciará su suficiencia o insuficiencia, pero eso es valorar la prueba, sin más⁵⁶. A su vez, el demandante también aportará su versión, que tampoco será creída sin más por el hecho de afirmarla, sino que el demandante aportará también evidencias, en este caso de la falsedad. No considerándolas el juez suficientemente convincentes, desestimaré la demanda, pero de nuevo, no porque no haya cumplido con su “carga de la prueba”, sino porque valorando la prueba aportada, no le parece creíble cuanto dice el demandante.

En los supuestos de discriminación por rAZÓN de sexo sucede exactamente lo mismo. Fijémonos incluso que en este caso, de manera lógica y completamente prudente, el legislador dice exactamente lo que se acaba de explicar en el párrafo anterior. El demandante debe aportar “*indicios fundados*” sobre la existencia del acto discriminatorio, y el demandado debe presentar prueba sobre la no existencia de discriminación. ¿Podría ser de otro modo su actuación procesal si no existiera esta norma?

Lo mismo sucede en cualquier otro caso. En el contemplado en la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2024⁵⁷ se trataba de un préstamo que el demandante calificó como usuario y, subsidiariamente, que su clausulado era abusivo por falta de transparencia en el cálculo de los intereses remuneratorios. La Audiencia desestimó la pretensión de usura, pero respecto al carácter abusivo, como no apareció el contrato de préstamo firmado años antes, declaró la abusividad estimando que la parte demandada –el banco– no había cumplido su carga de la prueba al no acreditar, con la aportación del contrato, la incorporación de la cláusula al contrato y la transparencia. Pero nuevamente, en este supuesto, si bien se observa, resulta evidente que no es la carga de la prueba la que condena al banco, sino la valoración de la prueba, pues es imposible afirmar que ha cumplido el nivel de transparencia quien ni siquiera aporta el contrato. Es más, el hecho de no aportarlo es un evidente indicio de ocultación, lo que nuevamente vuelve a pertenecer al terreno de la valoración de la prueba, y no de la carga de la prueba. Y es que hay que tener muy en cuenta, porque es crucial, que el banco

⁵⁶Ese es justamente el matiz al que ya se ha acercado mucho RAMOS, “Nuevos debates sobre la “carga” de la prueba. Acuerdos y desacuerdos entre la doctrina sobre el tema”, cit. pp. 97, 100.

⁵⁷SAP Barcelona 706/2024, 21-10-2024.

hizo esfuerzos probatorios a tal efecto⁵⁸, pero el juez considero que al no aportar el contrato, no era posible creerle. Y la creencia, como es obvio, es un tema de valoración de la prueba.

Lo que ha sucedido en estos casos, y se hace evidente leyendo cualquier jurisprudencia⁵⁹, es que los jueces –igual que la doctrina– han arrastrado la noción de carga subjetiva de la prueba del *ius commune*, que a buen seguro estuvo presente en muchas sentencias de procesos que acababan anticipadamente en la primera fase –la fase *in iure*, el *pretrial* del *Common Law*–, o bien que concluían en la segunda –la fase *apud iudicem* o *trial* en el *Common Law*– con una sentencia en la que el juez, en lugar de referirse a una valoración de la prueba que no se hacía bajo el régimen de prueba legal, hablaba en su lugar de “carga de la prueba”. Y de ese modo, si la cantidad de prueba aportada por una parte era inferior a la de la otra⁶⁰, esa primera parte perdía el proceso por no haber cumplido con su “carga de la prueba”, confundiendo con ello además, como vamos a ver, la carga objetiva con la carga subjetiva, que en realidad no se distinguían en ese período histórico⁶¹. De hecho, los jueces actualmente acostumbran⁶² a abordar la explicación de la carga y la valoración de la prueba al revés, como si la segunda derivara de la primera –así fue en el proceso romano-canónico–, dibujando una especie de mapa de alegaciones probatorias con base en la carga subjetiva de la prueba, a partir del cual analizan –cuando lo hacen– la valoración de la prueba aportada por cada parte. Tal modo de proceder es verdaderamente revelador.

Hora es ya de acabar con este absurdo estado de cosas derivado de una larguísima época en la que existió una institución, la valoración de la prueba, de la que los jueces no hacían uso –al menos no frecuentemente⁶³–, por consistir el sistema de “valoración” legal de la prueba justamente en la negación de dicha valoración. Ahora, bajo el régimen de valoración libre, los jueces deben valorar inexcusablemente la prueba, explicando por qué la consideran o no creíble. Y lo hacen en ocasiones, pero obviamente resulta muchísimo más cómodo afirmar tajantemente que la parte vencida “no ha cumplido con su carga de la prueba”, porque de ese modo esa frase pesa como una losa sobre el litigante vencido, ahorrando el juez en muchos casos el esfuerzo de la explicación de su creencia sobre los resultados de la prueba, es decir, la motivación de la valoración de la prueba.

4. La carga objetiva equivale a la valoración de la prueba

Lo ocurrido con la carga objetiva es todavía más extraordinario. En el ámbito del *Civil Law* nació como concepto doctrinal como consecuencia de una inquietud de GLASER⁶⁴ para el proceso penal, consistente en que en dicho proceso no existe la carga subjetiva de la prueba, al poder ser el reo absuelto aunque no aporte prueba alguna, como es sabido. Siendo la condena imposible si no existe prueba o siendo dicha prueba insuficiente, resultaría que dicha acusación se vería perjudicada precisamente por esa falta o insuficiencia de prueba del hecho delictivo. En consecuencia, dicha acusación poseería la carga objetiva –también llamada material– de la prueba.

⁵⁸En concreto, había aportado la incorporación del tipo de interés a los pagos con tarjeta, así como otros contratos similares de la época.

⁵⁹Vid. entre otras SAP Barcelona 699/2024, 17-10-2024.

⁶⁰Recuérdese de nuevo a NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 190.

⁶¹NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 127.

⁶²Vid. entre otras SAP Barcelona 699/2024, 17-10-2024.

⁶³NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. pp. 190-191.

⁶⁴GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin 1883, pp. 364-365.

Hay que reconocer que la formulación de GLASER no solamente era confusa, sino que probablemente tenía que ver con el hecho de que la acusación en el proceso penal en Alemania –y en la mayoría de lugares– no está representada por una auténtica parte del proceso⁶⁵, es decir, con alguien con interés propio, sino por una autoridad como el ministerio fiscal. MICHELI⁶⁶ siguió esta orientación y se refirió a la carga objetiva como una especie de deber de probar en quien no tiene interés en el proceso, y que por tanto sería “objetivo” como, efectivamente, le sucede al ministerio fiscal en el proceso penal.

Sin embargo, siendo la anterior conclusión relevante, puede que sea una alteración del propio MICHELI del texto original, mutación derivada de la dificultad interpretativa del escrito de GLASER. Y es que lo que GLASER identificó como “carga material” u objetiva se refería más bien, no a quién debía probar, sino al estudio del nivel de convicción que debe alcanzarse para que se dé por probado un hecho⁶⁷, es decir, lo que en el ámbito del *Common Law* se llama *burden of persuasion*, como se va a explicar enseguida. Como se ve, *a priori* poco o nada que ver con la carga subjetiva de la prueba, lo que hace realmente difícil de entender que se designe con la misma terminología a ambas instituciones –carga objetiva y subjetiva–, cuestión que está relacionada con una confusión histórica, tal vez proveniente de BALDO DE UBALDIS⁶⁸ (s. XIV), pero ya claramente producida en obras anteriores del *ius commune* que trataban esta cuestión de los niveles probatorios al abordar el *onus probandi*⁶⁹. Esa confusión perduró en el tiempo y se hace evidente, por ejemplo, en 1844 en GREENLEAF⁷⁰, que incluye en el estudio de la carga de la prueba, aunque de manera incidental, el análisis de los niveles de prueba, aun dejándolos al arbitrio judicial en cada caso concreto⁷¹, lo que favoreció su posterior desarrollo jurisprudencial. Ese análisis de GREENLEAF estuvo a buen seguro influido por los “*degrees of proving power*” o “*degrees of strength*” de los que ya había hablado BENTHAM⁷².

⁶⁵Vid. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, C.F. Müller, Heidelberg 1985, p. 164, ROXIN, Klaus, *Strafprozeßrecht*, C.H. Beck, München 1995, p. 50. KREY, Volker, *Strafverfahrensrecht*, vol. I, Kohlhammer, Stuttgart 1988, p. 146-145.

⁶⁶MICHELI, G.A., *L'onere della prova*, Cedam, Padova 1966, p. 111.

⁶⁷GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, cit., p. 364: „Die materielle Beweislast trifft denjenigen, zu dessen Nachtheil es aus ALLEN muss, wenn für eine bestimmte Angabe, Behauptung oder Annahme entweder überhaupt kein Beweis sich darbietet oder die Beweisführung das Ziel der Herstellung des Beweises nicht erreicht – denjenigen also, den der Nachtheil trifft, welcher daraus entsteht, dass die Thatsache ungewiss bleibt”. El subrayado es mío.

⁶⁸BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venecia 1586, Lib. IV, Lex XXII, 1 y ss (p. 218 vuelto), y también Lib. III, Lex XLVI, 3 y 4, p. 188.

⁶⁹PACCIANI, Fulvii, *Tractatus cui incumbat onus probandi*, Venecia 1594, Lib. I, Cap. XII, “De praesumptione iuris, et an et quando transferat onus probando in adversarium”, 5 y 6, pp. 29-30: “Et hoc modo debent intellegi omnes Doctores, qui sine ulla distinctione dixerunt, quod praesumptio iuris transfert onus probandi in contrarium, de quibus latiori stylo supra mentionem feci in cap. 8. In prima limitatione huius regulae, & ita etiam intelligendus est Bald. in ultima lectu lectio in si. ff. quod metus causa, ubi dicit, quod praesumptio, aut descendit ab aliquo certo & indubitato principio, & tunc transfert onus probandi, l. sine poſidetis, C. De prob. Aut descendit ab incerto & dubitato, & idem iuris est, l. circa. ff. de probat. l. si liberu, in fine, ff. de lib. causa, alias secus. Quoniam secundum supradicta generalius affirmandum est, quod sive habeat praesumptio certum principium sive incertum, sempre ubi facit plenam probationem, transfert onus probandi in contrarium. Qui vero sint casos, in quibus praesumptio iuris faciat plenam probationem, & in quibus minus plenam, non potest dari certa regula...” Vid. también CRAVETTA, Aimone, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Venecia 1570, Secunda Pars, p. 137 vuelto, 45, 46.

⁷⁰GREENLEAF, Simon, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed., Charles C. Little & James Brown, Boston 1844, pp. 93 y ss, p. 13.

⁷¹GREENLEAF, *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. vol. I, p. 90: “How far he –the plaintiff– shall proceed in his proof, in anticipation of the defence on that or the other issues, is regulated by the discretion of the Judge, according to the circumstances of the case.”

⁷²BENTHAM, Jeremy, *A treatise on judicial evidence*, London 1825, pp. 41, 62.

Sin embargo, esos niveles de prueba, como ya se explicó, eran propios del proceso romano-canónico y eran sin duda conocidos por la doctrina jurídica inglesa⁷³. La doctrina de aquel *ius commune* estableció, a partir de las afirmaciones de AZÓN⁷⁴, tres grados de fuerza probatoria en función de que la prueba estuviera solamente basada en indicios –*probatio semiplena*–, o bien que consistiera en una confesión, en dos testigos, en un documento público o en un testimonio judicial⁷⁵. En estos cuatro casos, el nivel probatorio recibía el nombre de *probatio plena*.

La distinción entre niveles probatorios era importante. Con la primera –la *semiplena probatio*–, el juez podía dictar sentencia en un proceso civil, lo que equivalía en la práctica a mantener la vigencia de la libre valoración de la prueba de origen romano. La segunda –la *probatio plena*–, construida a través de interpretaciones extensivas del *Codex* de Justiniano⁷⁶, podía servir de refuerzo para dictar sentencia en el proceso civil⁷⁷, y era imprescindible para condenar en el proceso penal. En este último proceso incluso se llegó a requerir un grado superior, la *probatio plenissima*, en casos de muy difícil concreción⁷⁸, pero que probablemente buscaban subrayar la vigencia de la presunción de inocencia⁷⁹. Con el tiempo se desvirtuó el papel de esos estándares incluso por fases del proceso, y se llegó en cualquier proceso, civil o penal, simplemente a sumar el número de pruebas plenas y semiplenas presentadas por cada litigante a los fines de dictar sentencia, lo que derivó en un absurdo aritmético que atribuía la victoria en el proceso a aquel que hubiera sumado más puntos, por ejemplo atribuyendo un punto a cada prueba plena y medio a la semiplena, por bien que los guarismos eran bastante variables y fragmentarios por jurisdicciones y territorios⁸⁰. Sea como fuere, este disparatado sistema matemático acabó anulando en gran medida la libre valoración de la prueba.

Esos niveles o medidas de prueba fueron utilizados por el Derecho canónico⁸¹ también, lo que hizo que llegaran al ámbito del *Common Law*, que no obstante los dulcificó en el sentido de desvirtuar la prueba plena⁸², que se alcanzaba también con la libre convicción del juez, sin estar sujetos los juzgadores al número de dos testigos, por ejemplo⁸³. Sin embargo, quedaron las antiguas categorías y actualmente se conocen los llamados “estándares de prueba”, que son sus herederos directos⁸⁴, y que constituyen el objeto principal de la llamada *burden of persuasion*, que es la denominación que recibe la carga objetiva de la prueba del *Civil Law*. En concreto, actualmente se distinguen habitualmente cuatro estándares. Por orden de peso probatorio, de

⁷³BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

⁷⁴AZÓN, *Summa Azonis*, Venecia 1581, Lib. III, 1 (de iudiciis), puntos 18 y 19, p. 158.

⁷⁵NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. pp. 190-191.

⁷⁶Codex, Libro IV, título XX, n° 9, §1: “Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatu admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatu, etiamsi praeclarae curiae honore praeferat”. Codex, Libro IV, título XXI, n° 15: “In exercendis litibus eandem vis obtinnet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium”.

⁷⁷AZÓN, *Summa Azonis*, Lib. IV, 19 (de probationibus), punto 21, p. 318; Lib. IV, 20 (de testibus), puntos 20 y 21.

⁷⁸NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 129. DURANTE, *Speculum iuris*, Venecia 1602, lib. I, Part. I, *De summaria cognitione*, 1, 2 y 3.

⁷⁹Vid. WITHMAN, James Q., *The Origins of Reasonable Doubt*, Yale Law Library, New Heaven 2008, pp. 114 y ss.

⁸⁰Vid. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 190.

⁸¹LESSIUS, L., *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Antwerpen 1612, Lib. 2, Sec. IV, « De iniuriis in iudiciis », cap. 29, « De Iudice », Dubitatio II, p. 358. LLOBELL, Joaquín, «Moral Certainty in the Canonical Marriage Process», «Forum». *A Review of Canon Law and Jurisprudence*, 8, 1997, pp. 303 y ss. ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid 2018, pp. 309 y ss.

⁸²Vid. *The Reports of Sir Edward Coke*, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley’s case, p. 122.

⁸³BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

⁸⁴Vid. LAUDAN, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge 2006, pp. 81-82. SHAPIRO, “Beyond reasonable doubt” and “probable cause”, cit. p. 3.

menor a mayor, son la *probable cause*⁸⁵, la *preponderance of evidence*, la *clear and convincing evidence*⁸⁶ y el *beyond any reasonable doubt*.

Salvo uno de ellos –la *clear and convincing evidence*– el resto están literalmente calcados de las medidas de prueba del proceso romano-canónico –respectivamente, *semiplena probatio*, *plena probatio* y *probatio plenissima*–. Se utilizan sobre todo para orientar la intuición de los tribunales –particularmente de los jurados– en torno a que puedan valorar si –literalmente– se sienten más o menos convencidos de un hecho, requiriéndose mayor nivel de convicción para una condena penal –*beyond any reasonable doubt*– o, por ejemplo, para una adopción en el proceso civil –*clear and convincing evidence*–, que en el resto de casos.

En algunos países del *Civil Law* se han mantenido estas antiguas medidas de prueba, pero con menor intensidad. Probablemente donde tienen más aplicación todavía es en Alemania⁸⁷ – *Beweismaß*–, donde se juega con ellas, con varias matizaciones, para orientar a los jueces en casos difíciles en los que se concede credibilidad a las afirmaciones de un litigante con dificultades de prueba, descargándole así del peso probatorio que le correspondería en condiciones normales siguiendo las reglas de la carga objetiva de la prueba, sin llegar a invertir la carga. Son las *Beweiserleichterungen*⁸⁸. También se atribuye menor peso a la demostración del presupuesto de una medida cautelar, por ejemplo –*Glaubhaftmachung*–⁸⁹, que es el equivalente a la *semiplena probatio*. En lo demás, en el proceso civil se sigue el criterio de la *überwiegende Wahrscheinlichkeit*⁹⁰, es decir, la *preponderance of evidence*⁹¹, en el que está inspirado. No obstante, pese a la existencia de categorías, su concreción vuelve a ser predominantemente intuitiva.

Sin embargo, en otros países como España, esas antiguas categorías se han eliminado casi⁹² por completo, o han pasado a ser simplemente expresiones que refuerzan el lenguaje para expresar retóricamente el mayor peso probatorio de un indicio, como sucede con la “prueba plena”, que se suele utilizar de manera completamente impropia. Sólo se conserva, de hecho, el estándar más bajo: la prueba *prima facie* para el *fumus boni iuris* de las medidas cautelares, también llamada “indicios racionales de criminalidad”⁹³ para proceder a la imputación en el proceso penal. La concepción doctrinal es que esa prueba debe ser superficial, de menor entidad, pero no se ofrece mayor concreción al respecto. Puede decirse propiamente que en España esos antiguos estándares realmente se han abandonado, lo que hace verdaderamente impropio que la doctrina siga hablando de “carga objetiva de la prueba” para referirse no se sabe muy bien a qué, confundiendo con enorme frecuencia con la noción de carga subjetiva, como también ha sucedido en la jurisprudencia alemana⁹⁴ ante la tremenda inexactitud de las definiciones doctrinales, pese a su aparente precisión.

⁸⁵GREENLEAF, A Treatise on the Law of Evidence, cit. p. 94.

⁸⁶MURPHY, Peter, *Murphy on Evidence*, Oxford 2005, p. 107.

⁸⁷HUBER, Das Beweismass im Zivilprozess, cit. passim. ROMME, Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast, cit. passim.

⁸⁸ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 770.

⁸⁹SCHERER, Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, cit. passim.

⁹⁰ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. (ed. 2018), p. 686.

⁹¹REDMAYNE, “Standards of Proof in Civil Litigation”, cit. pp. 167 y ss.

⁹²Vid. arts. 319 a 323 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁹³Art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁹⁴LAUMEN, Hans Willi, (con BAUMGÄRTEL y PRÜTTING), *Handbuch der Beweislast*, Carl Heymanns, Köln 2008, p. 28.

Y es que, en teoría, siempre según la doctrina alemana, la carga objetiva sirve para eliminar el riesgo del *non liquet*, determinando a qué litigante le perjudica la falta de prueba de un hecho⁹⁵, sirviendo la carga subjetiva para concretar qué litigante debe probar activamente un hecho, lo que se relaciona con el principio de aportación de parte⁹⁶. Sucede que tras estas definiciones, tan precisas en apariencia pero tan confusas en su esencia, no es extraño que la propia doctrina alemana diga que la carga subjetiva sigue esencialmente a la objetiva⁹⁷. Lo que resulta difícil entender, a partir de aquí, es la utilidad de mantener las dos categorías⁹⁸, sobre todo si incomprensiblemente se separa –aunque no por todos los autores⁹⁹– el estudio del llamado *Beweismaß* –las medidas de prueba– de la carga objetiva de la prueba¹⁰⁰, dado que es justamente la medida de prueba el contenido de la vertiente objetiva de la carga de la prueba. Y es que el litigante se ve perjudicado por la insuficiencia de prueba, ciertamente, pero lo importante es el estudio de esa insuficiencia, como ya vimos que pareció sugerir GLASER¹⁰¹, y no tanto a quién perjudica, lo que suele ser obvio y, además, efectivamente, acostumbra a coincidir con la carga subjetiva de la prueba.

Dejando ahora de lado esta curiosa cuestión, el problema generalizado de los estándares citados es que son completamente intuitivos, se diga lo que se diga. No hay manera de medirlos, pese a que existan intentos doctrinales reiterados en este sentido, especialmente por parte de algunos¹⁰² filósofos del derecho en España¹⁰³, y de otros juristas en general, en EEUU sobre todo¹⁰⁴. Pero por mucho que intenta afinar la consideración de estos estándares, no logran ir más allá de la categoría de la “experiencia” del juez, que es solamente una manera más amable científicamente de denominar a su intuición, y sin duda con mayor tradición filosófica desde el empirismo inglés.

Sin ningún ánimo de exhaustividad, me referiré solamente a una de esas posiciones más representativas. ALLEN y PARDO¹⁰⁵, en EEUU, a diferencia de otros autores del mismo país, proponen adornar los estándares de características de calidad, graduándolos en función de que posean más o menos de esas características. De ese modo proponen valorar la fuerza de una hipótesis en razón de su coherencia, consistencia –lo que sería una especie de coherencia interna o solidez–, simplicidad, ausencia de lagunas y el número de hipótesis alternativas improbables que hayan debido formularse para sustentar la hipótesis que se acaba teniendo por probada, combinando el estudio de esas características con la sensación de plausibilidad que sienta el juez en función de su propia experiencia, entrando así en un razonamiento de tipo abductivo¹⁰⁶. De

⁹⁵LAUMEN, Handbuch der Beweislast, cit. p. 27.

⁹⁶LAUMEN, Handbuch der Beweislast, cit. p. 42.

⁹⁷LAUMEN, Handbuch der Beweislast, cit. pp. 42-43.

⁹⁸Cfr. MUSIELAK, Hans Joachim, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin 1975, pp. 35-36.

⁹⁹JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 205.

¹⁰⁰ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. (ed. 2018), p. 685.

¹⁰¹GLASER, Handbuch des Strafprozesses, cit., p. 364.

¹⁰²Ni mucho menos todos. Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2004. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence», en FERRER BELTRÁN; VÁZQUEZ, Carmen, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 386 y ss.

¹⁰³FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid 2021.

¹⁰⁴Vid. los intentos de CLERMONT, Kevin, «A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof», *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1-2023, p. 348, ALLEN, Ronald J., «The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion», *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, 2018, pp. 995 y ss, o FERRER BELTRÁN, Jordi, «Prolegomena to a Theory of Standards of Proof», en FERRER; VÁZQUEZ (ed.), *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 395 y ss. SPOTTSWOOD, «Burdens of Proof», en DAHLMAN; STEIN; TUZET (ed.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford 2021, pp. 108 y ss.

¹⁰⁵ALLEN, R.J.; PARDO, M.S., «Relative Plausibility and Its Critics», cit. p. 16.

¹⁰⁶ALLEN; PARDO, «Relative Plausibility and Its Critics», cit. p. 20.

ese modo, el estándar máximo –*beyond any reasonable doubt*– se alcanzaría cuando la hipótesis de condena contara con todos los criterios de calidad y, además, no existiera ninguna hipótesis absolutoria que el juez pueda considerar plausible. El resto de estándares se alcanzarían disminuyendo progresivamente dichas exigencias.

Es obvio que buena parte de lo indicado solamente intenta guiar la intuición judicial, de la que, además, se hace depender expresamente todo el modelo. Pero a ello hay que añadir que esas características indicadas son todas ellas también claramente intuitivas, sin que resistan un análisis utilizando el método científico. La coherencia es claramente valorable de manera subjetiva, puesto que si los hechos de un proceso encajan o no entre sí, puede ser objeto de un examen íntimamente personal. Lo mismo sucede con la consistencia, puesto que el parámetro de comparación con lo no consistente es la experiencia del propio juez, que se supone análoga a la de cualquier ser humano, como decía BENTHAM¹⁰⁷, lo que es un evidente exceso epistémico. Lo que se considere simple o complejo vuelve a depender del observador y su familiaridad mayor o menor con aquello observado, que también es variable. La ausencia de lagunas en el relato depende muchísimo de la imaginación y suspicacia de cada analista, igual que el número de hipótesis alternativas que literalmente se le ocurran al juez. Todo ello no es más que el producto de su propia creatividad individual, acompañada de la asistencia de los abogados, POLICÍAS o fiscales que trabajen en la causa. Todo ello podría ser un buen inicio para desarrollar una experimentación para comprobar los hechos que interesen en el proceso, como ocurre con cualquier otro experimento. El problema es que todo ello se queda ahí, no exigiéndose de los jueces ningún paso ulterior para la comprobación de esas hipótesis que no sea realizar interrogatorios –que pocas veces dan un fruto científico aprovechable¹⁰⁸– o practicar pruebas periciales cuya calidad científica no se consigue mejorar decisivamente, incluso pese a la formulación de los criterios Daubert¹⁰⁹.

En definitiva, la actividad probatoria en un proceso se queda solamente en los inicios de lo que debiera ser un proceso científico de comprobación de hipótesis. Y de ese modo, resulta realmente muy difícil, por no decir casi imposible, llegar al extremo de graduar la plausibilidad de un relato de hechos. Como mucho se obtiene una sensación de saber, que en nuestros días ya no puede sustentar unas conclusiones judiciales sobre los hechos como si hubiéRAMOS de confiar en el juez como una especie de oráculo, tal y como fue en la antigüedad¹¹⁰, por cierto, incluso al margen de las ordalías¹¹¹.

Con estas bases, reivindicar la existencia y utilidad de la carga objetiva de la prueba suena a simple coartada para legitimar la labor de alguien –el juez– que, en términos propios, acaba trabajando de una manera más similar a un adivino que a un científico. Confundiendo además instituciones. Si la carga objetiva de la prueba tiene la incuestionable finalidad de establecer el grado de credibilidad de los hechos, ¿en qué se diferencia de la valoración de la prueba? ¿No

¹⁰⁷Vuelvo a la original edición francesa, que tal vez expresa mejor la idea que quiso exponer el autor. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 313.

¹⁰⁸Lo explico ampliamente en NIEVA FENOLL, Jordi, «El interrogatorio como pseudociencia», *Actualidad Civil*, n. 5, mayo 2024, pp. Y ss. También publicado en italiano: «La testimonianza nel processo come pseudoscienza», *Foro Italiano*, n. 7-8, julio-agosto 2024, pp. 312 y ss.

¹⁰⁹*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

¹¹⁰ASSMANN, Jan, *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, München 1995, p. 58.

¹¹¹CHASE, Oscar, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Marcial Pons, Madrid 2011. NOTTARP, Hermann, *Gottesurteilstudien*, De Gruyter, München 1956. PATETTA, Federico, *Le ordalie*, Fratelli Bocca, Torino, 1890. KOHLER, Josef, «Studien über die Ordalien der Naturvölker», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 5 (1884), pp. 368 y ss.

existe una identidad entre ambas? Siendo así, una de las dos sobra, lo que debería afectar a la carga objetiva, por lo confuso de su denominación sobre todo, que proviene de la época, antes referida¹¹², en que se pesaban las pruebas de cada parte al final del proceso, lo que hacía que también se hablara de *onus* –peso– en esta fase, confundiendo la prueba que debía ofrecer cada parte con el nivel probatorio que debía alcanzar. Todo ello tenía sentido en el sistema de prueba legal. Seguir con esa lógica en el sistema de valoración libre carece de cualquier justificación.

5. ¿Qué queda del concepto?

Puede sorprender la conclusión, pero si la carga subjetiva ya no puede tener vigencia en el proceso del *Civil Law* y la carga objetiva persigue solamente una quimera intuitiva, es decir, un imposible, y además se confunde con la valoración de la prueba, la institución de la carga de la prueba se queda sin espacio doctrinal para seguir hablando de ella, por falta de objeto.

Sin duda, fue el principio de adquisición –derivado del § 286 ZPO– el que acabó con la carga subjetiva de la prueba. La carga objetiva no puede sobrevivir siendo un concepto simplemente intuitivo que además se solapa con otro: la valoración de la prueba. Y en estas condiciones, la única solución razonable es proponer el estudio de la carga de la prueba solamente como categoría histórica, o respetar su análisis en los procesos del *Common Law* en su variante subjetiva –la *burden of production*–, mientras persista la actividad inquisitiva del juez del *pretrial* en esos países, que tal vez debería ser sometida a profunda revisión, sobre todo para intentar suprimir lo mucho que tiene de amenaza, y que no debería existir.

De esa manera, el estudio de la prueba se centrará en su valoración, analizando los métodos científicos para que los medios de prueba obtengan su mejor resultado. Y finalmente, habrá que estudiar también la formulación de conclusiones a través de esos resultados científicos, que alejen la valoración probatoria de la intuición y la acerquen a un lugar del que hasta ahora solamente se han visto destellos en los procesos judiciales: la ciencia.

6. Bibliografía

ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid 2018.

ALLEN, Ronald J., «The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion», *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, 2018, pp. 995 y ss

ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S., «Relative Plausibility and Its Critics», *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April 2019, pp. 9 y ss.

ANDREWS, Neil, *English Civil Justice*, Oxford University Press, 2009-2010.

ASSMANN, Jan, Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten, München 1995.

AZÓN, *Summa Azonis*, Venecia 1581.

BALDO DEGLI UBALDI, In primam Digesti veteris partem Commentaria, Venecia 1586.

¹¹²PACCIANI, *Tractatus cui incumbat onus probandi*, cit. Lib. I, Cap. XII, “De praesumptione iuris, et an et quando transferat onus probando in adversarium”, 5 y 6, pp. 29-30.

BALDO DEGLI UBALDI, *Practica Baldi*, Perugia 1521.

BENTHAM, Jeremy, *A treatise on judicial evidence*, London 1825.

BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Hector Bossange, Paris, 1823.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Clarendon Press, Oxford, 1775.

CAPPELLETTI, Mauro, «L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà», *Politica del diritto*, III, n. 2, abril 1972, pp. 189 y ss.

CAPPELLETTI, Mauro, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Giuffrè, Milano 1962.

CHASE, Oscar, Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural, Marcial Pons, Madrid 2011.

CHAYES, Abram «The role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review*, n. 89, 7, mayo 1976, pp. 1284 y ss.

CHIOVENDA, Giuseppe, «Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno», en: Saggi di Diritto Processuale Civile, Roma 1930, pp. 379 y ss.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale*, Jovene Editore, Napoli 1923.

CLERMONT, Kevin, «A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof», *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1-2023, pp. 348 y ss.

CLERMONT, Kevin, «Staying Faithful to the Standards of Proof», *Cornell Law Review*, n. 104, 1457 (2018-2019), p. 17.

CRAVETTA, Aimone, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Venecia 1570.

D'ALESSANDRO, Elena, «Onere della prova e legge applicabile», *Giurisprudenza Italiana*, noviembre 2018, pp. 2542 y ss.

DURANTE, *Speculum iuris*, Venecia 1602.

ESCALER BASCOMPTE, Ramon, *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso, Marcial Pons, Madrid 2021.

FERRER BELTRAN, Jordi, «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 73 y ss.

FERRER BELTRÁN, Jordi, «Prolegomena to a Theory of Standards of Proof», en FERRER; VÁZQUEZ (ed.), *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 395 y ss.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons, Madrid 2004.

GINTHER, Matthew; CHENG, Edward K., «Surprise vs. Probability as a Metric for Proof», *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018.

GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin 1883.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence», en FERRER BELTRÁN; VÁZQUEZ, Carmen, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 386 y ss.

GREENLEAF, Simon, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed., Charles C. Little & James Brown, Boston 1844.

HUBER, Michael, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1983.

HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, John Noon, London, 1738.

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011.

JAUMAR Y CARRERA, Joaquín, *Práctica forense*, Barcelona 1840.

KASER, Max; HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München 1996.

KLEIN, Franz, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Viena 1900.

KOHLER, Josef, «Studien über die Ordalien der Naturvölker», *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5 (1884), pp. 368 y ss.

KREY, Volker, *Strafverfahrensrecht*, vol. I, Kohlhammer, Stuttgart 1988.

LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press 2006.

LAUMEN, Hans Willi, (con BAUMGÄRTEL y PRÜTTING), *Handbuch der Beweislast*, Carl Heymanns, Köln 2008.

LEIPOLD, Dieter, «§286 ZPO», en STEIN; JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen 1997, p. 525.

LESSIUS, L., *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Antwerpen 1612.

LLOBELL, Joaquín, «Moral Certainty in the Canonical Marriage Process», *«Forum». A Review of Canon Law and Jurisprudence*, 8, 1997, pp. 303 y ss.

MARCUS, Richard, «Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience», *Kansas Law Review*, 61, 2013, pp. 821 y ss.

MICHEL, G.A., *L'onere della prova*, Cedam, Padova 1966.

MITIDIERO, Daniel, «O Ônus da Prova e seus Inimigos», *Revista de Processo*, vol. 306, 2020, pp. 17 y ss.

MURPHY, Peter, *Murphy on Evidence*, Oxford 2005.

MUSIELAK, Hans Joachim, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin 1975.

NIEVA FENOLL, Jordi, «¿Es tan diferente el proceso civil inglés de los procesos del continente?», *Diario La Ley*, n. 10384, 9-11-2023.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Trilogía sobre la carga de la prueba: hacia su abolición*, Palestra, Lima 2024.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado», *InDret*, 3/2020, pp. 406 y ss,

NIEVA FENOLL, Jordi, «El interrogatorio como pseudociencia», *Actualidad Civil*, n. 5, mayo 2024, pp. Y ss. También publicado en italiano: «La testimonianza nel processo come pseudoscienza», *Foro Italiano*, n. 7-8, julio-agosto 2024, pp. 312 y ss.

NIEVA FENOLL, Jordi, «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», *Revista Italo-española de Derecho Procesal*, 2018, n. 1, pp. 1 y ss.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Requiem por la carga de la prueba», *Quaestio Facti*, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, n. 4, 2022.

NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Springer, Heidelberg 2012.

NOTTARP, Hermann, *Gottesurteilstudien*, De Gruyter, München 1956.

PACCIANI, Fulvii, *Tractatus cui incumbat onus probandi*, Venecia 1594.

PASSANANTE, Luca, «Per la difesa dell'onere della prova», en Saccoccio; Cacace (ed.), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, Torino y Milano 2020, pp. 798 y ss.

PATETTA, Federico, *Le ordalie*, Fratelli Bocca, Torino, 1890.

PETERS, Karl, *Strafprozeß*, C.F. Müller, Heidelberg 1985.

POLI, Roberto, «Gli standard di prova nella giurisprudenza della cassazione civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 2023, pp. 462 y ss.

RAMOS, Vitor De Paula, «Nuevos debates sobre la “carga” de la prueba. Acuerdos y desacuerdos entre la doctrina sobre el tema», en Bejarano; Rojas; León, *Lecciones constitucionales de Derecho probatorio*, Tomo III, 2022, pp. 92 y ss.

REDMAYNE, Michael, «Standards of Proof in Civil Litigation», *Modern Law Review* 62, no. 2, Marzo 1999, pp. 167 y ss.

RESNICK, Judith, «Managerial Judge», *Harvard Law Review*, n. 96, 2, dic. 1982, pp. 376 y ss.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba en supuestos de discriminación. Su regulación en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

ROMME, Oliver, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Heymann, Köln 1989.

ROSENBERG, Leo, *Die Beweislast*, C.H. Beck, Berlin 1923.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, C.H. Beck, München 2011.

ROXIN, Klaus, *Strafprozeßrecht*, C.H. Beck, München 1995.

SCHERER, Inge, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, ("Prozessrechtliche Abhandlungen", Bd. 101), Heymann, Köln 1996.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Art. 1214», en Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1991, pp. 55 y ss.

SHAPIRO, Barbara, «*Beyond reasonable doubt and probable cause*», University of California Press, Berkeley 1991.

SPOTTSWOOD, «Burdens of Proof», en DAHLMAN; STEIN; TUZET (ed.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford 2021, pp. 108 y ss.

TARUFFO, Michele, «Casi una introducción», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 18-21.

TARUFFO, Michele, «Il processo civile di 'civil law' e di 'common law': aspetti fondamentali», *Foro italiano*, 2001, pp. 34 y ss.

The Reports of Sir Edward Coke, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley's case, p. 122.

TUZET, Giovanni, «Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification», *Artificial Intelligence and Law*, 2020, 28, p. 100.

WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, T. I, Duncker & Humblot, Leipzig 1885.

WILBERT, Joseph R., «Muzzling Rambo Attorneys: Preventing Abusive Witness Coaching by Banning Attorney-Initiated Consultations with Deponents», *Geo. J. Legal Ethics*, 21, 2008, pp. 1129 y ss.

WITHMAN, James Q., *The Origins of Reasonable Doubt*, Yale Law Library, New Heaven 2008.