



Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Sede Regional Rosario.

Carrera de abogacía

**“CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA”**

2016

Tutor: Dr. David Lisandrello.

Alumno: Lisandro Nahuel Litta Pons.

Título al que aspira: Abogado.

Fecha de Presentación: Febrero de 2016.

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Fernando y Nidia, por su apoyo incondicional.

A los amigos de siempre y a los que coseché dentro de la Universidad que hicieron que estos años sean más amenos.

A todos los profesores que de una u otra manera contribuyeron a mi formación tanto profesional como personal.

Y por último, pero no menos importante, a mi tutor el Dr. David Lisandrello y al Dr. Alejandro Andino por continuamente enseñarme a enseñar, como así también les agradezco la confianza depositada en mí;

“(..) El fin de la ley no es abolir o restringir sino preservar y extender la libertad (...) donde no hay ley no hay libertad. Porque la libertad es hallarse libre de opresión y violencia ajenas, lo que no puede ocurrir cuando no hay ley (...) ¿Quién podría ser libre, cuando la apetencia de cualquier otro hombre pueda oprimirlo? Pero se trata de la libertad de disponer y ordenar libremente, como le plazca, su persona, acciones, posesiones y todos sus bienes dentro de lo que consintieren las leyes a las que está sometido; y por lo tanto, no verse sujeto a la voluntad arbitraria de otro sino el poder seguir libremente la suya (...)”

John Locke, Concerning civil government, second Essay an essay concerning the true original extent and end of civil government (1670), Editorial Gradifco, traducción Sergio Albano.

RESUMEN

El presente trabajo abordará el estudio y aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en los procesos civiles y comerciales, poniendo énfasis en las normas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación cuya entrada en vigencia se dio a partir del mes de Agosto del 2015. Un código por demás de polémico, ya que no es una modificación del Código originario de Vélez Sarsfield, sino que se constituye un nuevo cuerpo legal derogando el ya existente.

Con respecto al tema de estudio de este trabajo, el Código CyC establece la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el derecho de Daños. Esto es novedoso dentro de nuestro derecho positivo, ya que se opone directamente a la regla general de distribución de la carga probatoria, en donde quien alega un hecho particular es quien debe probarlo. En el caso de la institución motivo de investigación, el que debe aportar los medios probatorios correspondientes a cada proceso es quien esté en mejores condiciones de hacerlo marginándose de la regla general. Aunque esta construcción doctrinaria no es aplicable a los casos particulares de pleno derecho, sino que será el juez quien debe decidir si otorga esta facultad a alguna de las partes.

Para una comprensión del tema en forma amplia, abarcativa e integradora es necesario realizar, en primer término, un detalle sobre las cuestiones generales sobre la prueba en el proceso, en segundo lugar, se realizará la introducción a la doctrina de la carga dinámica de la prueba para luego desarrollar el tema que da título al trabajo.

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La sanción del Código Civil y Comercial (Ley N°26.994) marca un antes y después en la aplicación de la doctrina de la carga dinámica probatoria, ya que anterior a ello la misma se materializaba a través de la jurisprudencia y la doctrina como así también a través de una pequeña cantidad de leyes especiales, entre ellas encontramos la Ley de Contrato de Trabajo, Ley de defensa al consumidor, Ley General del Ambiente.

En las leyes referidas no se deja al arbitrio del juez la posibilidad de determinar cuál será la carga de la prueba, sino que obliga al que esté en mejores condiciones de probar (v. gr. Empleador, Proveedor) a aportar todo aquello que pueda servir como medio de prueba aunque le sea perjudicial para quien lo ofrece.

El C.C.C es una ley nacional de carácter general, ergo, no se encuentra subordinada a las legislaciones provinciales sino que se aplica en todo el territorio argentino, de acuerdo al artículo N° 31 de la Constitución Nacional el cual determina la jerarquía normativa dentro del territorio argentino.

En conclusión, la distribución dinámica de la carga de la prueba no solo se opone a las reglas generales del onus probandi sino que las mismas (procesales por excelencia) se encuentran en un código de fondo Nacional oponiéndose directamente a los artículos 121 y 75 inc 12 de la Constitución Nacional los que otorgan a las provincias la facultad exclusiva de dictar sus normas procesales siendo esto un poder no delegado a la Nación, por lo que las normas en cuestión en principio serían inconstitucionales.

Si fuesen derogadas las normas de forma del Código Civil y Comercial, la solución será la que existió siempre: la Carga Dinámica de la prueba debe ser receptada por los códigos procesales de cada provincia, o en su defecto debemos seguir recurriendo a la jurisprudencia como fuente de derecho.

Como puede observarse existe una manifiesta mutación en la naturaleza del proceso Civil otorgándole al juez un rol más activo cuya finalidad es la de un proceso más equitativo, justo e igualitario, en miras de procurar y garantizar el respeto al artículo 18 de nuestra Carta Magna, el debido proceso.

MARCO TEÓRICO

Principalmente, será necesario aclarar que al referirme a la palabra “prueba” tengo en cuenta a la misma en un sentido abstracto como la acción y efecto de (valga la redundancia) probar un hecho determinado traído por las partes al proceso.

No se necesita ser estudioso del derecho para anticipar que al hablar de algo “dinámico” nos estamos refiriendo a aquello que es cambiante, ágil. Mientras que al referimos a la “carga” la misma constituye un deber legal, siendo beneficioso para quien la cumple y con consecuencias perjudiciales para el que no lo hace.

Realizando un análisis propio de la semántica, la Real Academia Española define al concepto de carga como: “f. Der. En el seno de un proceso, necesidad que una de las partes litigantes tiene de realizar determinados actos para evitar perjudicarse”. Como se observa el concepto de “carga” es universal para todas las naciones de habla hispana, esto es importante destacarlo, ya que allana el camino del investigador al momento de realizar un análisis de derecho comparado. Podría decirse que el concepto de carga es aquel propio del derecho, ya que de acuerdo a la RAE el concepto posee diferente significado depende la ciencia que lo esté utilizando. En cuanto al referirnos a algo “dinámico” el concepto mismo tiene su origen en la ciencia de la Física pero que es utilizado en la generalidad de la lengua para definir a algo perteneciente o relativo a la fuerza cuando produce movimiento en oposición, naturalmente, a un elemento estático y/o rígido. Por último la RAE define “prueba” como: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”, como podemos observar este concepto es receptado por el derecho, no teniendo su origen en esta ciencia.

Es decir, en su conjunto y vulgaridad podríamos definir “carga dinámica de la prueba” como un deber legal cambiante, en donde el cambio radica en apartarse de las reglas generales de distribución probatoria dentro del proceso civil. Receptando el análisis que antecede y “filtrándolo” a través de la ciencia Jurídica, decimos que la Carga dinámica de la prueba es la teoría que establece que dentro de un proceso debe probar mas no aquel que alega el acontecimiento de un hecho, sino aquel que se encuentre en mejores posibilidades reales de hacerlo. Tal vez resulte confuso en este momento, pero a lo largo del trabajo se explicará cada arista de esta creación jurídica tan sencilla como necesaria.

INTRODUCCIÓN

El instituto que se abordará en el presente trabajo de investigación, la carga dinámica de la prueba, pertenece puramente a la rama del Derecho Procesal aunque si bien a lo largo del desarrollo del mismo observamos que uno de los principales protagonistas es el Código Civil y Comercial de la Nación esto no afecta la naturaleza intrínseca del instituto en cuestión. Es decir, hablar de carga de la prueba sería inútil sin un derecho de fondo que lo regule, pero aun así su creación y estudio pertenecen exclusivamente al Derecho del Proceso.

Fue en Abril del corriente año, en donde en carácter de auxiliar alumno de la materia Procesal II perteneciente a la carrera de Martillero público, corredor inmobiliario y administración de consorcio, me encontraba dando una clase sobre la prueba en general en el proceso civil y al referir brevemente a las reglas de distribución del onus probandi fue cuando el concepto de ‘prueba diabólica’ generó curiosidad en los alumnos y en mí también.

En ese momento histórico el mundo jurídico de nuestro país se encontraba consternado acerca de la entrada en vigencia de la unificación del código civil y el código de comercio. Casualmente, o tal vez no, mientras leía el articulado del Código Civil y Comercial me encontré con que el legislador tuvo en cuenta la CDP, receptándola en sus normas. Me pareció un tema novedoso a tratar en mi trabajo final ya que hasta el momento la CDP había sido tenida en cuenta en mayor medida por la jurisprudencia debido a que en nuestra legislación pocas leyes la receptaban.

Como ya ha sido explicado pocas normas receptaban la CDP, como así también los códigos procesales de las provincias.

El objetivo o hipótesis que se intenta defender en este trabajo es resaltar la importancia de la positivización de las normas relativas a la carga de la prueba, porque si bien la jurisprudencia lo recepta, resulta de vital importancia que los códigos procesales civil y comercial de todas las provincias del país (sobre todo nuestra provincia de Santa Fe) sean actualizados teniendo en cuenta tanto la herramienta planteada como así también de las demás creaciones doctrinarias y jurisprudenciales que modernizan el Proceso Civil.

CAPÍTULO I:

Prueba en general. Objeto, finalidad y carga de la prueba.

SUMARIO: Introducción. Prueba en general: Concepto. Objeto. Finalidad de la prueba. Carga de la prueba: Definición. Carga de la prueba en CPCC de la provincia de Santa Fe. Carga de la prueba en CPCC de la Nación. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN:

Al hacer referencia a la prueba dentro de un proceso civil resulta indispensable encontrar respuesta a los siguientes interrogantes: qué es la prueba (definición conceptual); qué es lo que se prueba (objeto); quién produce la prueba (carga de la prueba); cómo se produce la prueba (procedimiento) y qué valor tiene la prueba producida (valoración de la prueba).¹

El presente trabajo se encargará del desarrollo del tercer interrogante planteado, aquella cuestión puramente subjetiva, la que responde a qué partes corresponde probar los hechos constitutivos de Litis dentro de un proceso civil.

Pero antes creo conveniente realizar un análisis en general de los diferentes aspectos señalados al comienzo, lo cual nos permitirá comprender el tema tratado dentro de su contexto, ya que no debe sólo analizarse como un tema aislado, sino que debe considerarse como un engranaje más de la gran maquinaria llamada Proceso Civil.

II. PRUEBA EN GENERAL:

§ A—CONCEPTO DE LA PRUEBA

Cuando nos referimos a la “prueba” dentro de un proceso civil la misma se encuentra dotada de diferentes acepciones, las cuales dentro de los códigos procesales poseerán un significado distinto de acuerdo al contexto en el que haya sido utilizada. Debido a ello es necesario realizar un breve análisis etimológico con el objetivo de no generar confusión en la comprensión del tema principal.

En primer lugar, podemos encontrar que los códigos procesales utilizan la palabra prueba para referirse a la etapa procesal en la cual se ofrecen y producen los medios elegidos para demostrar los hechos afirmados por los litigantes², en términos académicos podemos definirlo como “la serie de actos llevados a cabo a los efectos de evidenciar la veracidad o falsedad de los dichos expresados por cada uno de los litigantes, en ocasiones de deducir sus respectivas pretensiones”.³

¹ COUTURE EDUARDO J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Aniceto Lopez. Buenos Aires. 1942.

² Un claro ejemplo es el art 149 del CPCCSF, el cual expresa: “El término de prueba no se suspenderá por ninguna articulación o incidente (...)”

³ VALETTA MARIA LAURA, Diccionario Jurídico. Valetta Ediciones. Buenos Aires. 1999.

A su vez, los codificadores utilizaron la misma palabra para referirse a los medios probatorios en su detalle e individualización, la cual en mi opinión es la calificación que menos se acerca al concepto de la palabra “prueba” en su universalidad.⁴

La acepción más acertada de “prueba” y la que tendré en cuenta para este trabajo es aquella tomada en su sentido estrictamente procesal en la cual la prueba es, en consecuencia, un medio de contralor judicial de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio.⁵ Es decir, las partes son las que presentan al juez los diferentes medios probatorios para lograr su convencimiento de la veracidad de los hechos constitutivos de Litis⁶.

El fuero civil es por excelencia un proceso dispositivo, los únicos protagonistas son las partes, ya que el juez se encuentra investido en un rol pasivo siendo su objetivo garantizar el debido proceso procurando obtener la *verdad formal*. Como contracara al proceso civil encontramos al sistema Inquisitorio, característico del fuero penal, en el cuál el Juez posee un rol totalmente activo y su objetivo es la búsqueda de la *verdad material*, teniendo facultades activas siendo él mismo un “investigador” de los hechos, utilizando todos los medios probatorios que considere necesarios y que estén legalmente permitidos, teniendo la potestad (y el deber) de actuar de oficio.⁷

Si bien resulta redundante y poco interesante caer en la clasificación materia del Proceso, resulta de vital importancia destacarlo ya que el tema principal a tratar se encuentra inmerso en el proceso Civil, siendo por lo tanto dispositivo por excelencia aunque podríamos decir que la cargas probatorias dinámicas se contraponen con el mencionado sistema desde el momento que el legislador deja al arbitrio judicial la aplicación de oficio de la inversión de la carga de la prueba.

Una parte minoritaria de la doctrina sostiene que la carga dinámica de la prueba se opone directamente a los principios del proceso civil, colisionando con el debido proceso⁸, por ende, las mismas serían inconstitucionales.

⁴ Art 200 CPCCSF: “Al ofrecerse la prueba testimonial, (...)”

⁵ Cfr. VIGMORE: “The science of judicial proof”; DELLEPIANE: “Nueva teoría de la prueba”.

⁶ Aquellos emanados de la demanda o de la contestación de la misma.

⁷ MACHADO SCHIAFFINO, El Perito y la prueba. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1988.

⁸ Ver Pág. 36.

§B---OBJETO DE LA PRUEBA.

La cuestión principal a tratar cuando hablamos de objeto de la prueba es buscar una respuesta para la pregunta: “qué se prueba, qué cosas deben ser probadas”⁹.

Para lo cual podemos categorizar al objeto de prueba en dos grandes grupos: las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho (parecería que los primeros sí deben probarse mientras que los siguientes no).

Debido a la máxima *iura novit curia*¹⁰ el derecho no debería probarse, pero este principio sólo alcanza a la aplicación del derecho argentino. Aún así nos encontramos con las siguientes excepciones a la máxima de *iura novit curia*, las que tal como lo señala Couture¹¹ son objeto de solución especial:

a) Una primera excepción sería la prueba de la existencia o inexistencia de la ley. Es decir, en caso de duda sobre la existencia de la ley aplicable, será la parte interesada la que deberá determinar que la misma es real.

b) Como segunda excepción nos encontramos con aquellos casos en los cuales la costumbre es fuente del derecho. En estos casos si la costumbre fuere controvertida o discutida habría de ser objeto de prueba. Pero también debe tenerse presente que, en ausencia de prueba suministrada por las partes, el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios. La parte que apoya su derecho en la costumbre será necesariamente diligente en producir la prueba de la misma.

c) Como fuere señalado en su oportunidad, el principio *iura novit curia* sólo es aplicable a la ley nacional por lo tanto como última excepción a la carga de probar el derecho encontramos su contracara, el derecho extranjero. Con respecto a esto, Vélez Sarsfield establecía en el artículo N° 13 del Código Civil que el derecho extranjero era considerado justamente un derecho, por lo que nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada a cuyo cargo alegará sobre la existencia de dichas leyes, sin necesidad de probar su aplicación al caso práctico; sin embargo en la nota al artículo establece que el derecho extranjero es un hecho que debe probarse, existiendo una total contradicción. Por lo que la doctrina y la jurisprudencia determinó que la naturaleza jurídica del derecho

⁹ Ref. cita n° 1.

¹⁰ Principio del derecho procesal que indica que el juez es conocedor del Derecho, por lo tanto puede aplicarlo aunque las partes hayan omitido su mención o la misma fuere errónea.

¹¹ COUTURE EDUARDO, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Aniceto Lopez Editor. Buenos Aires. 1942.

extranjero es un hecho notorio siendo necesario ser probada su aplicación por las partes. A su vez, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo del año 1889, establece que el derecho de los países signatarios no necesita ser objeto de prueba, bastando que el juez se ilustre respecto de él y lo aplique, sin necesidad de prueba.

Para las cuestiones de hecho también existe excepciones sobre cuáles deben probarse. Tanto los códigos procesales provinciales como el nacional establecen básicamente que la causa se abrirá a prueba en caso que hubiere hechos controvertidos u de demostración necesaria (pudiendo coexistir o presentarse individualmente).

Habrá un hecho controvertido en caso que el demandado haya negado la existencia de los hechos afirmados por el actor en la demanda, por lo que deberá abrirse la causa a prueba a fin de que las partes puedan aportar los medios de confirmación de sus afirmaciones para llevar el ánimo del juez al convencimiento que necesita para dictar sentencia¹².

El principio de que los hechos controvertidos son objeto de prueba, exige nuevas aclaraciones, porque determinados hechos controvertidos no necesitan ser probados.

Como primera excepción nos encontramos con los *hechos presumidos por la ley*. En esta categoría se encuentran aquellos hechos sobre los cuales recae una presunción legal, por ejemplo: el demandado no puede excusarse en su desconocimiento de la ley; no hay necesidad de probar que el hijo nacido de un matrimonio es hijo de los esposos¹³. Tal como se expresa el Código Civil uruguayo: “toda presunción legal exime a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley”. No debemos confundir presunción legal con el mal llamado medio de prueba “presunciones”, las segundas son aquellas construcciones judiciales que sirven al juez momento de expedirse en su sentencia por lo que se génesis es *a posteriori* del acontecimiento del hecho en cuestión.

Como segunda excepción al objeto de prueba nos encontramos con los *hechos evidentes*, siendo estos los hechos conocidos por todos, cuya característica no es dudosa pero que se puede de alguna manera demostrar. Esta valoración surge de la experiencia y de la naturaleza de las cosas, por ejemplo no será necesario probar que un automóvil

¹² CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, ANALISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL Tomo N° 1, Peyrano Jorge W., Vázquez Ferreyra Roberto A.. Editorial Juris. Rosario.

¹³ Nada sustrae de la actividad Peyrano probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse.

que corría a 140 km/h no pudo haber sido detenido por su propia acción mecánica en una distancia de tres metros.

Aun así los hechos tenidos por evidentes caen ante nuevos hechos o nuevas experiencias que los desmienten o contradicen, explicación para la cual voy a recurrir al ejemplo brindado por el maestro Couture: ‘‘Habría hecho innecesaria para un juez romano, la prueba de que una misma persona pudo haber estado presente el mismo día en Atenas y en Roma; hoy habría que admitir una cosa distinta porque es totalmente factible que pueda suceder’’.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan que en ausencia de prueba, los hechos deben suponerse conformes a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas¹⁴.

Quedan también fuera del objeto de la prueba los *hechos notorios*, los cuales deben entenderse, en general, como aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento. Aunque no debe confundirse el concepto de notoriedad como concepto de generalidad debido a que como fue explicado *ut supra* un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todo el mundo.

§C---FINALIDAD DE LA PRUEBA.

Al contrario de lo que se cree, la finalidad de la prueba no es demostrar la veracidad de los hechos sino convencer al juez que los hechos alegados por cada una de las partes poseen certeza fáctica, aunque así lo parezca ambos conceptos no significan lo mismo, v. gr. un hecho puede haber ocurrido pero al si el mismo no puede ser probado el juez reputará que nunca existió. Esto se relaciona directamente con el concepto de ‘‘verdad formal’’ contrariamente a la ‘‘verdad material’’ o como vulgarmente decimos: ‘‘la verdad verdadera’’, siendo la verdad dentro del proceso civil aquella creada por las

¹⁴ TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA EN DERECHO CIVIL, Lessona Carlos. Editorial Reus. Madrid. 1923.

partes sosteniéndose acertadamente el principio “QUOD NON EST IN ACTIS NON EST IN MUNDO”, siendo el Juez en su sentencia, y las partes en sus alegatos, los encargados de valorar la misma sin alejarse en ningún momento de lo expuesto dentro de autos.

Comprender la finalidad de la misma resulta útil para comprender la rigidez de la carga de la prueba en la cual cada parte debe probar la razón de sus dichos sin importar si aquellos fueron ciertos o si sucedieron realmente como lo alegan las partes.

III. CARGA DE LA PRUEBA

§ A—DEFINICIÓN.

La regla de la carga de la prueba es aquella destinada a distribuir los esfuerzos probatorios entre los litigantes. Dentro de un proceso civil, son las partes las encargadas de ofrecer y producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate, actuando el Juez de forma pasiva limitándose a proveer y a dirigir el litigio garantizando el cumplimiento de las garantías constitucionales y el efectivo acceso a la Jurisdicción.

Tomando lo expresado por el Dr. Couture resulta acertado definir la “carga de la prueba”, en primer término (en su sentido estrictamente procesal) como el requerimiento del legislador a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la veracidad de los hechos enunciados dentro del proceso; es el sistema legal aquel que distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria.

En segundo término se define a la carga de la prueba como un imperativo del propio interés de cada litigante lo cual no supone, pues, ningún derecho del adversario¹⁵. La carga en sí consiste en la imposición de un comportamiento como premisa para obtener la satisfacción de un interés del propio sujeto gravado y eventual beneficiario. Es una opción que implica el sacrificio de un interés para conseguir otro por parte de la misma persona, es puramente subjetivo. No es imponible por terceros en el sentido de que si no se cumple, no se puede reclamar la ejecución forzada contra el gravado. Constituye una opción dependiente de un juicio de valor económico del interesado.¹⁶

¹⁵ COUTURE EDUARDO, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Aniceto Lopez Editor. Buenos Aires. 1942

¹⁶ VALETTA MARIA LAURA, Diccionario Jurídico. Valetta Ediciones. Buenos Aires. 1999. Página 126.

Justamente por lo anteriormente mencionado se utiliza el vocablo de “carga” contrariamente al de “obligación” debido a que la prueba de los hechos es facultativa de cada parte cuyo único efecto será perjudicar a aquel que no ofrezca u produzca prueba dentro del Proceso.

§ B—C.P.C.C PROVINCIA DE SANTA FE

El Código Procesal Civil y Comercial de nuestra provincia en su art. 145 determina que se abrirá la causa a prueba en caso de que existiesen hechos controvertidos y/o de demostración necesaria, delimitando de esta manera aquello que será objeto de prueba.

Sin embargo el legislador santafesino omite la distribuir el onus probandi en todo su articulado, es decir, el código responde la pregunta sobre que debe probarse pero ignora los sujetos que poseen la carga de producirla.

En una maniobra que a mi entender siempre resultó desesperada para protegerse a sí mismos y así evitar correr el riesgo de generar normas oscuras o una laguna legal, los codificadores santafesinos al momento de la sanción del mismo “recuerdan” el sistema federal adoptado por nuestra Nación y el orden de prelación de las normas establecido en el art. 31 de la C.N, por lo que haciendo uso de ello establecen la aplicación subsidiaria de las normas de procedimiento nacionales, lo cual en mi opinión resulta totalmente contrario a la autonomía provincial. Es así que el artículo n° 639 expresa que ante silencio u oscuridad de las normas del código procesal se aplicará subsidiariamente el código de procedimientos civiles nacional.

§ C—C.P.C.C DE LA NACIÓN.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone en su artículo 377 que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga deber de conocer.

Concretamente señala que: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de la partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. (...)”.

La temática de la prueba en el proceso se encuentra fundada en una normativa jurídica conocida con el nombre de “principio de legalidad de la prueba”. Por el cual ni las partes ni el juez pueden discrecionalmente disponer cuáles serán los medios de prueba a utilizarse o en qué tiempo y forma se realizará su ofrecimiento y producción, siendo esto aplicable a todo lo relativo a la carga de la prueba como así también a todo el proceso Civil.

El artículo N° 15 del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield expresa que “los jueces no pueden dejar de juzgar, bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”, siendo receptada la presente regla en el artículo N° 3 del Código Civil y Comercial vigente a partir de Agosto del año 2015. Es decir que frente a hechos inciertos el juez debe decidir, lo cual no significa responsabilizar o encontrar un culpable, sino juzgar en mérito de lo que conste en autos de la causa (hechos y prueba) y en mérito de las vías interpretativas de otras normas sustanciales que tiene a disposición, admitiendo o rechazando la pretensión del actor. Conocer cómo se distribuirá la carga de la prueba le indica el contenido de su pronunciamiento judicial, ya que partiendo de los hechos no probados estimará la pretensión o la defensa.

El juez no puede dejar de dictar sentencia, le está prohibido al juzgador omitir la resolución de los procesos civiles sometidos a su conocimiento so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Por lo cual en caso de no cumplir con su deber de sentenciar el juez incurrirá en delito de denegación de justicia¹⁷.

El juzgador civil debe decidir sin escudarse en la oscuridad, silencio o ambigüedad de la ley, aplicándolas con total rigidez llevándolo a adoptar una postura salomónica, ya que no debe fijarse en las cualidades que revisten las partes, sino que otorga una solución genérica en base a una regla general, la cual aplicará matemáticamente a todos los casos que lleguen a su conocimiento.

IV. CONCLUSIÓN:

En este primer capítulo realizó un breve análisis de los elementos de prueba en general, los cuales son vitales para comprender el tema en su conjunto. Pero como se leerá en los capítulos siguientes constantemente se remite a este capítulo, más precisamente a la regla de rigidez probatoria establecida en el CPCCN como así

¹⁷ Art. 273 Código Penal.

también a la falta de este tipo de normas en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe.

Una vez aclarados los conceptos generales desarrollaré la especialidad de la carga probatoria dentro de un proceso, la C.D.P y sus normas en el ordenamiento jurídico argentino.

CAPÍTULO II:

Carga Dinámica de la Prueba.

SUMARIO: Introducción. Antecedentes históricos. C.D.P en el Derecho Positivo: Ley 24.240; Ley 20.744; Ley 25.675; Responsabilidad Médica. Códigos Procesales provinciales. Jurisprudencia. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN:

“*Quod non est in actis, non est in hoc mundo*”. Con esta locución latina que podría traducirse como “*lo que no está en las actas (en el expediente) no está en este mundo*” se materializa de forma tajante y un poco extrema (tal vez) la absoluta rigidez de los procesos civiles en los cuales los protagonistas son las partes (actor y demandado) y en donde un tercero imparcial e imparcial debe determinar los argumentos de cuáles de las partes se encuentran ajustados a derecho. Cabe aclarar que los argumentos a los que se hace referencia son nada más ni nada menos que situaciones fácticas que se dan en la cotidianeidad, en donde algunas de ellas entran en conflicto con las normas que regulan la sociedad en la cual vivimos.

La historia nos enseña que incluso mucho antes del surgimiento de los Estados Modernos, con el nacimiento de lo que hoy llamamos civilización, el hombre siempre se encontró en la búsqueda de lo que hoy conocemos como Justicia, aunque sin lugar a dudas lo largo de los siglos el concepto que se tuvo de la misma fue mutando aunque el fin perseguido es el mismo: el equilibrio entre los seres humanos. Aristóteles en su “*Ética a Nicómaco*” considera a la Justicia como aquella virtud suprema anteponiéndose sobre cualquier otra “*todas las virtudes se hallan en el interior de la justicia*”. Han pasado aproximadamente 2400 años y el principio supremo de todos los Estados de Derecho es el mismo, la Justicia.

En los subcapítulos que preceden se explicará y se determinará la razón de ser de la teoría que se conoce como “*carga dinámica de la prueba*” la cual surge como una solución revolucionaria para combatir la rigidez de los procesos civiles y a todo aquello que afecte la igualdad de las partes en el mismo.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Es controvertida la discusión (a mi opinión sin ningún sentido) acerca de a quien se le atribuye la creación de la teoría en cuestión. Parte de la doctrina, tanto latinoamericana como Europea, determina como punto de partida la obra escrita por el jurista Jorge W. Peyrano en coautoría con Julio O. Chiappini titulada “*Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*” publicada en Argentina en el año 1984, mientras que

otra parte de la doctrina niega rotundamente que la C.D.P sea un “invento argentino”¹⁸. Estos últimos atribuyen el mérito al jurista inglés Jeremías Bentham, el cual en “Tratado de las pruebas judiciales” (publicado originalmente en 1823), abordó el problema de la carga de la prueba en particular indagando sobre quién debía recaer la misma, a lo cual respondió de la siguiente manera: “Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar, (...) es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas”¹⁹. Bentham realizaba una crítica a la rigidez probatoria del Proceso Civil, infiriéndose de sus palabras aquello que podría considerarse un antecedente de la C.D.P. Si se continúa leyendo la obra del notable jurista inglés, el mismo reconocía que “No obstante, hay que convenir que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. ¿Por qué principalmente interesada? Porque en el caso que una alegación no sea creída, sobre ella recaerán las consecuencias desagradables de no haberlo conseguido. Es pues, el demandante quien siempre se presenta primero a nuestras miradas, ya que es él quien corre el mayor riesgo. ¿Por qué? Porque se espera siempre que, por su parte, tenga algo que probar y que si no prueba nada puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor; mientras que por parte del demandado puede suceder que salga de la lucha con éxito, sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante”²⁰. En conclusión, Bentham deja planteado el interrogante pero no busca respuesta al mismo, señala que debe distribuirse equitativamente la carga de prueba de acuerdo al interés de cada parte pero no elabora ninguna solución al respecto.

¹⁸ GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables”, su ponencia en el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, que obtuvo el premio “Humberto Briseño Sierra” a la mejor ponencia (luego la misma fue publicada por la revista La Ley -bajo el título “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”-).

¹⁹ BENTHAM, Jeremías; “Tratado de las pruebas judiciales”, ed. Librería El Foro, Buenos Aires 2003, págs. 406/407.

²⁰ BENTHAM, Jeremías; “Tratado de las pruebas judiciales”, ed. Librería El Foro, Buenos Aires 2003, pág. 408.

Años después de la publicación de la obra de Bentham, el eminente jurista Italiano Francesco Carnelutti, indaga acerca de cuáles de las partes deberá ser la que soporte el riesgo de la falta de prueba.

Parece fácil responder que será aquella que tenga interés en aportar la prueba, por lo que Carnelutti expresó que el interés en cuanto a la prueba es de ambas partes indistintamente ya que una vez afirmado un hecho, cada una de ellas tiene interés en proporcionar la prueba acerca del mismo: una tiene interés en probar su existencia y la otra su inexistencia. Por tanto, no serviría poner la falta de prueba a cargo de la parte que tiene interés en probar puesto que este interés, aun cuando en direcciones diametralmente opuestas, lo tienen ambas partes.

Para hacer funcionar la carga de la prueba, es decir, para hacer gravitar sobre cada una de las partes las consecuencias de su inacción en materia de prueba, precisa necesario escoger entre las partes, a base de un criterio distinto del interés en la prueba, a cual deba perjudicar la falta de ella. En sentido estrictamente lógico, podrían servir los criterios más diversos, siempre que poseamos aptitud para distinguir la situación de las dos partes frente al hecho: por ejemplo, en ese sentido no habría nada que replicar a la opinión, que sin embargo, es falsa tanto en el campo del Derecho constituido como en el de la política legislativa, según la cual la falta de prueba habría de perjudicar a la parte que tenga interés en aportar la prueba positiva (en probar la existencia del hecho) y favorecer a la que tenga interés en aportar la prueba negativa (en probar su inexistencia)²¹

En resumen, Carnelutti tampoco alcanza a sentar las bases de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ya que, a renglón seguido termina por aceptar que: “El criterio que nuestra ley adopta para distinguir a cuál de las partes incumba la carga de la prueba de una afirmación, descansa en el interés en cuanto a la afirmación misma. La carga de probar recae sobre quien tiene el interés de firmar; por tanto, quien propone la pretensión, tiene la carga de probar los hechos constitutivos, y quien propone la excepción, tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas”²²

En el año 1945 el procesalista uruguayo Eduardo Couture confeccionó un proyecto de Código de Procedimiento Civil para su nación. En el cual al referirse a la

²¹ CARNELUTTI, Francesco; “Sistema de Derecho Procesal Civil” Tomo II. Editorial UTEHA. Buenos Aires, Argentina 1944.

²² *Ibidem*

distribución de la carga de la prueba incluyó la siguiente norma: “Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes (referidas a la regla sobre carga de la prueba), los jueces apreciarán, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente (sana crítica), las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba”.

Como señala el Dr. Arazi²³, la idea terminó siendo plasmada muchos años después al sancionarse el Código General del Proceso del Uruguay el cuál en su artículo N° 139 Inc. 2 contiene la siguiente disposición: “La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”. Lo cual se detallará en el capítulo IV.

A pesar de todo no fue hasta el año 1984 que se comenzó a hablar de “Carga dinámica de la prueba” como tal, siendo el Dr. Jorge Peyrano (en coautoría con el Dr. Julio Chiappini) su impulsor y creador de su nomen iuris, a partir de su obra “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”.

Inicialmente, la descripción hecha por Peyrano fue qué: ante la verificación empírica de soluciones disvaliosas al momento en que el órgano jurisdiccional aplicaba el rigor de las reglas clásicas o típicas o históricas de la distribución de la carga de la prueba, era necesario apartarse “excepcionalmente” de ellas y, acudir, en subsidio, a otras reglas de juicio que denominó “dinámicas”. Una de ellas indica que (en el caso concreto) debe “colocarse la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla”²⁴.

Otra regla introducida por los procesalistas argentinos consistía en aquella por la cual: “a falta de prueba debe suponerse que los hechos han acontecido conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas. El conocimiento de cómo ocurren los hechos normales pertenece al saber privado del juez que éste puede invocar al fundamentar su sentencia. Quien sostenga que ha sucedido lo contrario del orden normal de las cosas, corre con la carga de acreditarlo”²⁵. De todas maneras, desde el inicio se advirtió algo sobre si las mencionadas cargas probatorias dinámicas pueden ser consideradas como una pauta más de interpretación de la regla rígida del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o si se trata de una regla

²³ ARAZI, Roland; “Teoría general de la prueba. La carga probatoria”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005, reproducida por el portal de internet: www.eldial.com.

²⁴ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”, E.D. 107, pág. 1006.

²⁵ *Ibidem*.

jurisprudencial que debe usarse sólo cuando la regla legal conduce a un resultado inequitativo. Por lo que Peyrano y Chiappini expresan lo siguiente: “Quizás las precitadas reglas que hemos barajado (y otras por el estilo que existen y se aplican cotidianamente) no sean strictu sensu nuevas cargas probatorias, sino un desarrollo circunstanciado de las pautas establecidas por el ya mencionado art. 377 del CPCCN. Pero igualmente nos parece que gozan de cierta autonomía, no pudiendo ser consideradas en todos los casos como meras derivaciones de la aludida disposición legal. De allí la conveniencia de que la doctrina (y algún día también, el legislador) se ocupe de conceptualizar detalladamente el tenor de éstas nuevas cargas probatorias ‘dinámicas’ que nos ocupan; dicho ello en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras a servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrados judiciales: servicio, y bien sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo”²⁶.

Es en base a la doctrina impulsada por el Dr. Peyrano, que en el año 1997 la CSJN a través del caso ‘Pinheiro’ coloca en cabeza del demandado la carga de la prueba de la culpabilidad relativo a una mala praxis médica.

III. C.D.P EN EL DERECHO POSITIVO:

§ A—LEY N° 24.240.

La ley N° 24.240 conocida como Ley de Defensa al Consumidor, sin dudas fue algo novedoso ya que fue sancionada en el año 1993 antes de que la reforma constitucional del año 1994 incorporara los derechos de tercera generación. La misma fue sancionada no sólo con el fin de regular las relaciones de consumo sino principalmente para proteger a los consumidores de los abusos que puedan llegar a sufrir por partes de las grandes empresas y para limitar las conductas abusivas adoptadas por estas últimas con el único fin de recaudar en perjuicio de los derechos de los consumidores y/o usuarios.

En el año 2008 a través de la ley N° 26.361 se realizó una modificación extensa de la Ley de Defensa al Consumidor, en lo que respecta al tema de estudio, se modificó el artículo n° 53 adicionándose (entre otras cosas) que: “Los proveedores deberán

²⁶ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”, E.D. 107, pág. 1007.

aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio''. Esta norma surgió porque en infinidad de causas judiciales los consumidores no contaban con información técnica y/o precisa ni con los medios de prueba en los que pueda fundarse su pretensión, los que sí se encontraban en manos de las empresas, lo que prácticamente garantizaba su impunidad.

Estos y otros pronunciamientos interpretan el espíritu tuitivo de la Constitución y de la ley 24.240, y acercan un criterio de equidad ante usuarios con carencia de medios de prueba, que deben litigar contra quienes poseen las herramientas, el conocimiento técnico. Sin embargo, el consumidor no está exento de actividad probatoria, sino que su carga radica, justamente, en probar los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción. También, conforme el inciso c) del artículo 37 de la ley de defensa del consumidor, se consideran inválidas las cláusulas contractuales "que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor", v. gr. será abusiva la condición impuesta en una póliza de incendio que imponga al asegurado, en caso de apertura de procedimiento judicial, la prueba de que el siniestro no se debió a dolo o culpa grave suya (es decir el factor de atribución), la que imponga al consumidor probar que ha usado la cosa correctamente, pese a lo cual se ha descompuesto, o probar que es auténtico el comprobante emitido en serie y generalmente sin firma que le permite invocar su derecho ante el empresario, etc.

Pactos de esta naturaleza llevan al consumidor a una situación de indefensión, lo que produce por vía indirecta los mismos efectos que una cláusula limitativa de responsabilidad, pues ponen a su cargo una prueba prácticamente diabólica.

§ B—LEY N° 20.744.

Tanto la ley de Defensa al Consumidor como la ley N° 20.744, conocida como Ley de Contrato de Trabajo, son las leyes generales de derecho privado con fines tuitivos explícitamente declarados (y que también poseen jerarquía constitucional), otorgando derechos y facultades teniendo en cuenta la debilidad (o por el contrario, la fortaleza) de las partes integrantes de la relación jurídica.

La LCT en su artículo N° 9 al establecer las normas de interpretación de la legislación laboral determina que: "Si la duda recayese en la interpretación o alcance de

la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”, como se puede observar en lo que refiere a materia probatoria la LCT no sólo establece reglas con respecto a la carga de la prueba, sino también respecto a la interpretación de ella.

En aplicación del principio protectorio del trabajador, el artículo n° 55 de la ley en cuestión establece que corresponde al empleador aportar los libros, registros, planillas o legajos que posea sobre el trabajador, sin importar si el mismo lo perjudica o no.

A fines del año 2011 el caso “Pellicori”²⁷ ha sentado una fuerte directriz jurisprudencial en materia de despido discriminatorio. Sobre la base del derecho de fondo y procesal supranacional, *el alto tribunal entiende que debe aplicarse un sistema diferenciado de distribución de cargas probatorias.*

No sólo en normas de fondo de derecho del Trabajo se incorporan normas que distribuyen la carga de la prueba de forma dinámica sino también, por ejemplo, el Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe especifica en su artículo N° 59 Inc. “A” que “(...) El juez o tribunal, en oportunidad de fallar, podrá valorar excepcionalmente la distribución del esfuerzo probatorio derivado de esta regla cuando las circunstancias particulares de la causa determinen que una de las partes se encontraba en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir cierta prueba”. Luego continúa diciendo el Inc. Siguiente que “todo el material probatorio producido y que se juzgue conducente y relevante, será valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

§ C— LEY N° 25.675.

La Ley General del Ambiente, sancionada en el año 2002, sin dudas la otra gran arista de aquellas “leyes nuevas” que reconocen los derechos de 3ra generación²⁸ y tutelan los interés difusos de la ciudadanía. En lo que corresponde al Derecho Ambiental, tal como indica el Dr. Peyrano en una entrevista que se le realizó para el sitio web “elateneo.org”, se registra una nueva regla de carga probatoria dinámica que

²⁷ Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 15/11/11. En el caso se anuló la sentencia que había desestimado sobre la base de la apreciación restrictiva de la prueba aportada por la parte actora, una demandada reclamando su reinstalación sobre la base de la conducta presuntamente discriminatoria de la demandada.

²⁸ Se los denomina así porque no pertenecen a ningún individuo considerado en particular sino que, por el contrario, pertenecen a la sociedad toda

opera para hacer realidad el principio precautorio estampado en el art. 4 de la ley 25.675²⁹. Dicha regla está concebida en los siguientes términos: “corre con el esfuerzo probatorio de demostrar que no existen buenas razones para avalar la sospecha de la posible nocividad de producto o procedimiento de que se tratare, la parte que ha introducido el riesgo y aprovecha el correlativo beneficio económico”³⁰.

A su vez, la misma ley 25.675 en su artículo n° 29 establece que aquél que sea demandado por daño ambiental debe acreditar su inocencia, es decir, se presume “culpable hasta que demuestre lo contrario”. Presumiéndose también la responsabilidad del autor del daño ambiental si se hubiesen infringido las normas ambientales. El artículo N° 32 determina las facultades de aquel Juez que intervenga en materia ambiental estableciendo que aquel: “(...) en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.” En los capítulos que preceden se explicará en qué consisten las “reglas de la sana crítica”.

§ D— RESPONSABILIDAD MÉDICA.

La responsabilidad por mala praxis médica fue el puntapié inicial para que los Dres. Peyrano y Chiappini impulsarán la teoría de la C.D.P. Concretamente, relata Peyrano, fue en un juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Quinta Nominación de la Ciudad de Rosario donde se dio el primer “leading case” en el año 1978, por el cual una directora de escuela concurre a un sanatorio de la ciudad para ser intervenida quirúrgicamente por un quiste vaginal benigno, una operación simple que debía durar no más de media hora según lo que fue comunicado por el médico a sus familiares (su esposo y sus dos hijas). La paciente salió de la sala operación luego de tres horas (habeas corpus por medio presentado por el cónyuge) con muerte cerebral y con una quemadura de tercer grado a la altura del cuello. Por lo que sus familiares deciden demandar judicialmente al Sanatorio, a los médicos y a las enfermeras que asistieron en la operación.

²⁹ Art. 4 de la Ley 25.675: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios (...) Principio precautorio, cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente...”

³⁰ Peyrano, Jorge W. “Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal, año 2005-2, pag 328.

El juez que intervino en el caso se dio cuenta que a pesar de que el Sanatorio reconocía que la mujer había ingresado allí en perfectas condiciones, él debía fallar en contra de la familia de la mujer porque ellos no habían podido acreditar la culpa o negligencia de los profesionales demandados. El magistrado apartándose del principio dispositivo del proceso civil dictó como medida de mejor proveer la prueba pericial de oficio acerca de las causas que fueron causantes de la quemadura, ya que (a buen criterio) una quemadura de esas características ocasiona fuerte cantidad de humo y mucho olor.

El perito confirma lo afirmado por el Juez, el cual decide interrogar tanto a las enfermeras como a los médicos intervinientes, los cuales en sus dichos negaron que haya existido humo y olor en la sala de operaciones. Teniendo en cuenta la conducta (mentirosa y maliciosa) de la parte demandada, es que el magistrado presume la culpa de ellos apelando a las reglas de la sana crítica y al de la valoración de la conducta de las partes en juicio, condenando al Sanatorio (de forma individual) al pago de la indemnización a la familia. El fallo es apelado por el Sanatorio y la Cámara lo confirma.

Luego y en este mismo sentido y materia, se alista una nutrida nómina de resoluciones judiciales, las cuales algunas de las más relevantes serán reproducidas en el subcapítulo que precede.

En materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber de los facultativos es una obligación de medios, incumbe al paciente la prueba de la culpa del médico. De acuerdo a los principios generales que rigen la carga de la prueba en el proceso, le incumbe al actor la demostración de los hechos que alega como fundamento de su pretensión, y está a cargo del deudor la prueba de los hechos impeditivos de esta última. Al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor. Ello implica que no hay una inversión general de la carga de la prueba de la culpa médica; siendo de aplicación por tanto, la regla general conforme la cual al paciente le corresponde probar la culpa invocada, lo cual da lugar a situaciones totalmente injustas, debiendo el juez recurrir a una serie de creaciones jurídicas para que esto no suceda, la C.D.P es una de ellas.

El fundamento que da la doctrina acerca de invertir la carga de la prueba con respecto a la culpa de los galenos en casos de mala praxis se debe a que la prueba de la culpa supone un grave obstáculo para el paciente quien normalmente cuenta con escasos elementos para la defensa de sus derechos, provocando una suerte de inmunidad para los profesionales médicos. El paciente no posee los conocimientos técnicos para

establecer si verdaderamente hubo una mala práctica, ya que o bien se encontraba anestesiada o de alguna manera se encontraba restringida su percepción acerca de lo que sucedía en la sala donde era intervenida.

Es por ello que los magistrados, como garantes de la Justicia, deben aplicar el derecho en su conjunto, integrando jurisprudencia y doctrina, para evitar arbitrariedades y sentencias injustas.

IV.CODIGOS PROCESALES PROVINCIALES:

Si bien no todas las provincias receptaron la C.D.P en sus Códigos Procesales civil y comercial, son variadas las provincias que sí lo hicieron. Creo que resulta excesiva y redundante una explicación detallada de cada artículo e inciso que citaré, por lo cual sólo me limitaré a transcribirlos.

❖ Corrientes (año 2000).

Artículo 377. Carga de la prueba.

Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Las directivas contenidas en esta norma se adecuaran al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particulares del caso. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

❖ La Pampa (año 1999).

Artículo 360. Carga de la prueba.

Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de

conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368. Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de armar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos.-

Artículo 368. Apreciación de la Prueba.

Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.-

❖ Tierra del Fuego (año 1994).

Código Procesal Civil, Comercial, Laboral y Minero:

Artículo 375. Carga de la prueba.

375.1. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o el Tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

375.2. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.

Artículo 376. Valoración de la prueba.

376.1. Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

376.2. El Tribunal indicará, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión.

Artículo 377. Regla de experiencia.

A falta de reglas legales expresas, para inferir del hecho conocido el hecho a probar, el Tribunal aplicará las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece.

❖ Formosa (año 2003).

Artículo 374. Carga de la Prueba.

Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particularidades del caso. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

Artículo 383. Apreciación de la Prueba.

Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

V. JURISPRUDENCIA:

Es amplísima la Jurisprudencia de la CSJN acerca del tema en estudio, por eso sólo transcribiré aquellos fallos de más importancia o renombre.

❖ “Palma, Sergio Víctor c/ Banco Central de la República Argentina s/ordinario” (10/10/1996): “A los fines del funcionamiento de la garantía del art. 56 de la ley 21.526, la carga de la prueba debe recaer sobre ambas partes, *doctrina de la prueba dinámica* que establece que quien está en mejor condición

de probar debe contribuir a establecer la verdad objetiva más allá de lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 319 Folio: 2129)

❖ “Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y Oros” (21/08/1997): “En la mayoría de los casos de responsabilidad médica se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la *"carga dinámica de la prueba"* que la hace recaer en quien se halla en mejor condición de aportarla (Disidencia del doctor Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 320 Folio: 1811).

❖ “Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario” (10/12/1997): “En el tema de mala praxis médica debe acatarse - en principio - el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como que le son aplicables las normas de la culpa subjetiva, no obstante, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de *"la carga dinámica de la prueba"* o *"prueba compartida"* que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715).

❖ “Rudaz Bissón, Juan Carlos c/ Editorial Chaco S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (02/04/1998): “Al margen de la prueba que incumbe aportar al actor, y teniendo en cuenta que está en mejores y mayores condiciones profesionales, técnicas y fácticas de hacerlo, también el órgano de prensa debe *"solidariamente"* rendir la prueba de signo contrario que haga a su descargo, sistema denominado *"prueba dinámica"*, o *"carga de prueba compartida"* (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 321 Folio: 667).

❖ “Vinciguerra, Antonio c/BCRA s/Cobro de Australes” (17.3.1998): “La doctrina de la prueba dinámica establece que quien está en mejor condición de probar debe contribuir a establecer la verdad objetiva más

allá de lo dispuesto por el art. 377 del código procesal civil y comercial de la nación (del voto del Dr. Vázquez)”.

❖ “Mendoza, María Mercedes c/Instituto de Servicios Sociales Bancarios” (02/06/1998): “En la mayoría de los casos de responsabilidad médica se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la *"carga dinámica de la prueba"* o *"prueba compartida"* que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 321 Folio: 1599).

❖ “Carmona de Bet Maria en J: Carmona de Bet Maria / Puche Juan C” (10/09/1998): “En la acción de simulación iniciada por terceros, resulta plenamente aplicable *la teoría de las cargas probatorias dinámicas*, pues es de toda razonabilidad pensar que es mucho más fácil para quien participó en el acto acreditar la veracidad del mismo, que para el ajeno acreditar la simulación”.

❖ Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Cobro de Pesos” (14.12.1999): “1) El concepto de *"carga dinámica de la prueba"* o *"prueba compartida"*, que se emplea habitualmente cuando los extremos son de muy difícil comprobación, consiste en hacer recaer dicha carga en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, más allá de lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 2) El concepto de *"carga dinámica de la prueba"* o *"prueba compartida"* consistente en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas al juzgador, tiende a privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, a efectos de brindar la efectiva concreción de la justicia, aun abandonando los preceptos rígidos, para perseguir una resolución judicial justa -según las circunstancias fácticas- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 322 Folio: 3101)

❖ “Perkins, María Elizabeth Banbury y otro c/ Maternidad Suizo Argentina S.A. y Otros” (21/12/2000): “Si bien en el tema de mala praxis médica debe acatarse -en principio- el antiguo aforismo procesal *onus probandi*

incumbit actore, así como son aplicables las normas de la culpa subjetiva, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones de muy difícil comprobación para el damnificado, cobra fundamental importancia el concepto de la "*carga dinámica de la prueba*" o "*prueba compartida*", que hace que colabore, también, quien se halla en mejor situación de aportar elementos demostrativos tendientes a obtener la verdad objetiva (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)" (Fallos, Tomo: 323:4180).

❖ "Recurso de hecho deducido por el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno y Ernesto F. Ambrosetti (codemandados) en la causa Gibelli, Gonzalo c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno y otro" (5.9.2002): ‘‘No resulta arbitrario atribuir la carga de la prueba sobre la excepcionalidad del daño en el demandado, cuando por las particulares circunstancias del caso, *quien se hallaba en mejores condiciones de probar eximentes de la culpa era la demandada*, máxime cuando existían eficiencias en el protocolo de la operación’’ (del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte en pleno).

VI. CONCLUSIÓN:

En este capítulo básicamente se demuestra que si bien tanto la jurisprudencia como la doctrina son fuentes de derecho, resulta necesario que las leyes como así también los sistemas procesales provinciales y nacionales recepten la CDP en sus normas escritas. El capítulo siguiente es aquel que le da nombre al trabajo de investigación, en el cuál se desarrollan precisamente las normas que introduce el CCC con respecto al tema en estudio.

CAPÍTULO III:

C.D.P en el C.C.C.

SUMARIO: Introducción. Debate sobre su constitucionalidad: Doctrina; Jurisprudencia. Carga dinámica de la prueba en Responsabilidad Civil: La culpa como factor de atribución; Normas introducidas por el C.C.C. Carga dinámica de la prueba en derecho de familia. Conclusión.

I. INTRODUCCION

Uno de los cambios que introdujo el Código Civil y Comercial unificado es la sistematización de normas procesales dentro del mismo Código de fondo, esto no nos resulta extremadamente novedoso ya que en el Código Civil de Vélez Sarsfield también coexistían normas de fondo con normas de forma. Pero aquello que resulta novedoso (lo cual no significa que sea correcto o conforme a derecho) es que el legislador realiza un desarrollo profundo de aquellas normas procesales, por ejemplo, ya no sólo regula plazos determinados, legitimación activa o pasiva u cuestiones especiales, sino que se inmiscuye en normas generales del proceso como la competencia, medidas cautelares y carga dinámica de la prueba; siendo esto último motivo de análisis en este trabajo.

Como ha sido expuesto con anterioridad, las reglas de carga probatoria se encuentran receptadas por pocos Códigos procesales por lo cual se debe aplicar supletoriamente la rigidez de la regla establecida en el Código Procesal de la Nación en donde quien alega un hecho es quien debe probarlo.

Como bien sabemos, el dictado de los códigos procesales es competencia exclusiva de las provincias por lo tanto toda norma procesal en un código de fondo sería inconstitucional, para poner fin a la discusión la C.S.J.N solucionó esta cuestión al comienzo del siglo XX. Sin perjuicio que el dictado de los códigos procesales no deja de ser competencia exclusiva de las provincias y un poder no delegado a la Nación, aun hoy en día los legisladores provinciales son renuentes a aceptar la doctrina de la carga dinámica de la prueba, lo cual increíblemente sí viene a regularlo un Código de fondo por excelencia como lo es el C.C.C.

En los párrafos precedentes se realizará un análisis de aquellas normas en cuestión, su aplicación en la práctica y su dudosa constitucionalidad.

II. DEBATE SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD.

§ A—DOCTRINA.

Explica Palacio que en forma casi unánime se entiende que (por el sistema de gobierno adoptado por la Constitución Nacional la atribución de legislar materia

procesal pertenece, en principio, a cada una de las provincias y no al Congreso de la Nación.³¹

Fundamentan el punto los actuales arts. 121 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

El primero por cuanto dispone que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal"; y el segundo, precisamente, porque las provincias no han incluido entre los poderes delegados al Congreso de la Nación, el de dictar los códigos de procedimiento.

Estas normas constitucionales conforman la "regla general" que debe observarse para dirimir los conflictos posibles entre los dos órdenes de gobierno; y según ella, las competencias de la Nación, siendo conferidas por las provincias, son (debe ser) expresas, limitadas y excepcionales.³²

Por lo cual una regulación "procesal" por parte del Congreso de la Nación encuentra (por lo menos) tres tesis doctrinarias posibles:

a) David Lascano consideraba que si el constituyente hubiera considerado conveniente una legislación procesal uniforme en todo el país, lo razonable es que lo hubiera establecido expresamente como atribución del Congreso. Y traía a colación el caso del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional cuando faculta al Congreso para dictar la ley de bancarrota, norma que constituye un juicio de ejecución colectiva o un procedimiento judicial de liquidación de bienes del deudor. Quedando así la facultad de dictar normas procesales en poder de las provincia, siendo inconstitucionales aquellas que sean dictadas por la Nación.

b) Contrariamente a lo señalado por Lascano, Ricardo Levene (h) afirmaba que si bien cabe reconocer a las provincias la atribución de organizar su propia administración de justicia (arts. 5º, 122 y 125 de la Constitución Nacional), no ocurre lo mismo con el poder de dictar las normas de procedimiento, que corresponde al Gobierno Federal.

Fundaba su posición en el art. 24 de la Constitución, por el que corresponde al Congreso la facultad de promover la reforma de la legislación en todas sus ramas, sin distinciones; y en el art. 75, inc. 32 de la Constitución, cuando faculta al Congreso para

³¹ PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 2011, 3ª ed., actualizada T. I.

³² BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", Buenos Aires, 1997.

hacer todas las leyes y reglamentos que fueren convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes.

c) Por último, Alsina³³ proponía una solución intermedia. Sucintamente afirmaba que, además de las normas que el Congreso puede dictar para proteger las instituciones de fondo, cuya repetición es innecesaria en los códigos procesales, podría sancionar para todo el país una ley de procedimiento que contemplara, en primer término, las relaciones entre las provincias respecto de esta materia (cuestiones de competencia, legalizaciones, ejecución de sentencias, etc.), y sentar luego los principios substanciales que deben tener en cuenta los códigos locales (condiciones de la acción, la enumeración de las pruebas y apreciación de las mismas, fundamentación de las sentencias, etc.); quedando entonces reservada a las legislaturas lo referente a lo exclusivamente formal (forma de la demanda y contestación, notificaciones, administración de la prueba, términos, etc.).

§ B—JURISPRUDENCIA.

Si bien la doctrina es considerada fuente (mediata) de derecho, los juristas no pueden establecer reglas de aplicación de pleno derecho, las mismas deben ser receptadas por el Poder Legislativo o bien excepcionalmente por el Poder Judicial creando jurisprudencia. Esto llevó a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expida sobre el tema en cuestión.

La CSJN tiene dicho sobre esta cuestión que el Congreso Nacional está habilitado para dictar normas de "procedimiento", en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales (sin perjuicio de ser una atribución reservada por las provincias según el art. 121 de la Constitución Nacional), cuando fuesen "razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos" consagrados por las normas de fondo.³⁴

Esta doctrina puede seguirse pacífica desde el precedente de 1923 en "Bernabé Correa" (Fallos 138:157), donde el Tribunal resolvió (en relación con la ejecución de una prenda agraria) que "tienen validez constitucional las disposiciones de carácter

³³ ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Buenos Aires, 2ª ed., 1957..

³⁴ SAGÜÉS, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 3a ed., act. y ampliada, 2003, T. 2.

procesal que dicte el Congreso de la Nación como consecuencia del art. 75, inc. 12 (antes art. 65, inc. 11), de la Constitución Nacional.

Esta posición del Tribunal fue reiterada en los posteriores casos: "Netto" de 1924 (Fallos 141:254); "Real de Maciel" de 1928 (Fallos 151:315); "Arzobispado de Buenos Aires" de 1931 (Fallos 162:376); "Nelly Ward de Smyth" de 1949 (Fallos 214:533); "Miranda" de 1951 (Fallos 219:400); "Livi" de 1953 (Fallos 227:387); "Perelló" de 1960 (Fallos 247:524); "Santander" de 1962 (Fallos 254:282); "Vega" de 1966 (Fallos 265:30); Spinetto" de 1968 (Fallos 271:36); "Turia" de 1977 (Fallos 297:458); y "Feito García" de 1977 (Fallos 299:45).

III. C.D.P EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

§ A—LA CULPA COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN.

A lo largo del presente trabajo se detalló que la C.D.P tuvo su punto de partida ante la dificultad de demostrar la culpa de los médicos, del sanatorio y de las enfermeras en los casos de mala praxis.

La culpa es por excelencia la figura por la cual se fundamenta la responsabilidad civil, es el factor de atribución de responsabilidad que determina si el daño generado es reprochable al sujeto pasivo.

Para poder dar una definición precisa de la culpa como factor (subjetivo) de atribución no queda más que transcribir de manera literal lo detallado por el C.C.C en su art. 1724 (art 512 del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield): “ (...) La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (...) ”. Cabe aclarar que la culpa, o mejor dicho el hecho culposo, proviene de un acto voluntario obrado con discernimiento, libertad e intención, por lo que para el Derecho basta sólo con que la realización del acto, mas no su consecuencia, haya sido querida por el sujeto, sin importar si el sujeto deseaba o no la consecuencia. Claro está que su obrar importa un desprecio por el ordenamiento y una violación a los genéricos o específicos deberes que aquél impone.

El concepto abstracto de culpa se concreta en determinados standards que obligan a ‘esperar’ una conducta distinta de la desplegada por quién causó el daño. Por ejemplo, en el caso de una entidad bancaria en donde el profesionalismo y la habitualidad de la operatoria le impone ese ‘plus’ en su diligencia que es dable exigir o cuando menos esperar en su modo de accionar.³⁵

Para no resultar redundante y así evitar desviar la atención del tema principal que nos compete, justifico las líneas que anteceden en que la C.D.P tiene su fundamento dentro de la Responsabilidad Civil en la dificultad que puede resultar respecto a la prueba de la culpa del agente.

§ B—NORMAS INTRODUCIDAS POR EL C.C.C.

Dentro del Libro Tercero, TÍTULO V, CAPÍTULO I, SECCIÓN 4° (referidos a la Responsabilidad Civil y al daño resarcible) correspondiente a la unificación del Código Civil y del Código Comercial de la Nación (Ley N°26.994), el legislador introdujo en su articulado diferentes normas que receptan expresamente los preceptos desarrollados en este trabajo.

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se expresa que “En el Proyecto de 1998 se incluyen normas relativas a la carga de la prueba en materia de responsabilidad, lo que ha sido recibido positivamente por la doctrina, ya que disminuye la litigiosidad y confiere seguridad en este tema. Este tipo de normas no es procesal, sino que son directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo. En tales condiciones, la prueba es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio, que en este caso significa que el hecho no está probado y el juez debe decidir en consonancia. En materia de factores de atribución de la responsabilidad y las eximentes, la carga de probar le incumbe a quien los alega, conforme a lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, siendo la solución del Proyecto de 1998 (artículo 1619). (...) En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en

³⁵ El citado párrafo pertenece íntegramente a: SILVIA Y. TANZI, JUAN MARTÍN ALTERINI. “La demanda de daños”. Editorial Carpetas de Derecho. Buenos Aires. Año 2004.

mejor situación para aportarla. Existe entonces una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente”³⁶.

Más allá que haya sido detallado con anterioridad, no viene a mal reiterar y reivindicar la importancia y el avance que significa receptar la teoría en estudio al derecho positivo, si bien los legisladores se han tomado su tiempo para incorporarla a la Ley, esto demuestra que tanto la doctrina como la jurisprudencia no son fuentes de Derecho sólo “en sentido académico” sino que realmente juegan ese rol.

En estos días que corren, lamentablemente, resulta muy difícil diferenciar el Derecho en su conjunto de la Ley Positiva cuando en verdad es sólo una relación de género y especie en donde el segundo representa sólo una parte del primero. Por eso resulta de vital importancia que se introduzca la doctrina de la carga dinámica de la prueba dentro del Código Civil y Comercial de la Nación (más allá de cualquier debate que podría generarse sobre su constitucionalidad) ya que esto evita que aquellos que se autodenominan como “garantistas” sigan negando la existencia y la necesidad de aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas la cual posee como fin inmediato un proceso más justo y (valga la redundancia) “dinámico”, no debemos olvidar que la ley se crea para el hombre mas no el hombre para la ley, por lo que la misma está dotada de una mutabilidad permanente directamente proporcional a la evolución humana.

Dejando de lado toda subjetividad, el art. 1734 del C.C.C establece la regla general en materia de carga probatoria³⁷, siendo responsable de la prueba de los factores de atribución aquél que los alega. Es decir, las cargas probatorias dinámicas no se incorporan con carácter general sino solo con referencia a la carga de la prueba de la culpa, por lo cual el daño y el nexo de causalidad deben ser probados por el actor. Lo determina un límite restrictivo y cualitativo a la distribución de la carga de la prueba, lo cual me resulta prudente ya que considero que si no existiese tal límite se afectaría indudablemente el derecho de defensa, la seguridad jurídica y la igualdad entre las partes.

El artículo 1735 refiere a las facultades que otorga el cuerpo legal a los magistrados en materia probatoria el mismo textualmente expresa: “No obstante (lo

³⁶ Fundamentos del Código Civil y Comercial. Año 2014.

³⁷ ARTICULO 1734.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.

mencionado por el artículo que antecede), el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. (...)” Es totalmente claro lo expuesto por la primera parte del artículo, en donde el legislador determina la aplicación de la excepción a la regla general probatoria a criterio de los jueces. La inversión de la carga de la prueba dentro de las normas del CCC se encuentra limitada solamente a la prueba de la culpa del agente, por ejemplo, en casos de mala praxis médica el paciente (en este caso el actor) deberá aportar, al menos, ciertos datos empíricos o hechos que le permitan al juez deducir la culpa del profesional médico que no ha sido probada en forma directa. Si el paciente no aporta elementos probatorios que le permitan al magistrado formar su convicción respecto a la responsabilidad del agente, el principio del “favor probationes” resultará inaplicable, y como consecuencia, la falta de prueba arrojará como resultado irremediable la irresponsabilidad médica. Por el contrario, de aportar el actor elementos probatorios que si bien no alcancen para determinar en forma contundente la culpa del médico, sean suficientes para que no se pueda explicar la comisión del daño de otro modo que a título de culpa del galeno.

Este criterio en torno a la carga probatoria dinámica, fue aprobado por mayoría en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1989, en donde la Comisión Nro. 5 referida a la “Responsabilidad por el ejercicio de profesiones liberales”, determinó que “Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica que la hace recaer sobre quien se halla en mejor situación para probar”³⁸.

Continúa el artículo 1735: “ (...) Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. ”. Acerca de esto el Dr. Roland Arazi de forma acertada cuestiona la redacción de la oración, la misma es confusa cuando refiere a si “el juez considera pertinente” ya que la misma no especifica a qué será lo que el magistrado considere pertinente, si a la aplicación de la carga dinámica de la prueba o a la notificación a las partes de su aplicación.

³⁸ Tanzi, S. Y., & Alterini, J. M. (2004). *La demanda de daños*. Buenos Aires: Carpetas de Derecho.

Otro problema en la redacción del párrafo mencionado se encuentra cuando el codificador establece que la notificación a las partes puede realizarse durante todo el proceso aún hasta después de finalizada la etapa probatoria, es decir, de acuerdo a lo establecido en la norma el juez puede verse habilitado a comunicarle a las partes la distribución de la carga de la probatoria en el mismo momento de la sentencia, cuestión que obviamente roza el absurdo y es totalmente contraria al debido proceso. Por ahora no queda más que esperar que tanto la doctrina como la jurisprudencia unifiquen criterios para poner fin a esta cuestión.

El tratamiento que el código le otorga a la prueba de la culpabilidad en la responsabilidad civil llega a su fin en el artículo N° 1736 el cual bajo el subtítulo de “Prueba de la relación de causalidad” expresa que “La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”. Como vemos esta cuestión ya fue desarrollada *ut supra*, por lo que creo que no es necesario reiterar los comentarios sobre la cuestión planteada por este artículo ya que ha quedado plasmado hasta el hartazgo que sólo se pondrá la carga de la prueba en el demandado en los casos de la acreditación de la culpa.

IV.C.D.P EN CUESTIONES DE DCHO DE FAMILIA.

Las cuestiones relativas a la distribución de la prueba entre las partes integrantes de un proceso de familia poseen se encuentran en el artículo N° 710 del C.C.C, el cuál en un breve y conciso artículo afirma que: “Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar. ”.

En lo que respecta a la teoría de la carga dinámica de la prueba no es necesario realizar nuevamente un análisis exhaustivo, por lo que sólo basta concentrarse en la especialidad del art. 710. La norma establece la distribución de la carga probatoria sin ningún aditivo, aplicándose en forma libre y extensa, no siendo limitada a sólo un elemento tal como observamos que ocurre en materia de responsabilidad civil, en donde sólo se aplicará la C.D.P con respecto a la prueba de la culpabilidad.

No es malo recordar que las cuestiones de derecho de familia gozan de una fuerte tutela por parte del Estado por el cual casi la totalidad de sus normas son de

Orden Público, es decir la autonomía de la voluntad queda relegada debiendo las partes ajustarse exegéticamente dichas normas. Estas normas no sólo gozan de vital importancia en nuestro Estado, sino que las mismas se encuentran planteadas continuamente en las Comisiones y Convenciones que se realizan en todo el mundo. Sin ir más lejos, en el año 1994 a través del artículo 75 inc 12 de nuestra Carta Magna se incorpora la “Convención Internacional de Derechos del Niño” con jerarquía constitucional. Pero no sólo esta Convención refiere a la materia sino que (aunque de forma más genérica) el Pacto de San José de Costa Rica tutela el derecho de los niños desde el momento mismo de su concepción como así también múltiples Convenciones Internacionales sobre derechos de la mujer.

En conclusión, tanto por la importancia de alcanzar la verdad jurídica material en los casos en que están involucrados estos derechos, como por la dificultad que aparea probar hechos que normalmente ocurren en la intimidad de la familia, es absolutamente necesario que en el acceso a la Jurisdicción se otorgue un tratamiento distintos a estas cuestiones, siendo a mi criterio de vital importancia la posibilidad de apartarse de la regla general de distribución probatoria.

Ahora bien, analizando el artículo 710 del Código Civil y Comercial antes de imputar la prueba a aquél que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, el CCC determina que la prueba en general se rige por los principios de “libertad, amplitud y flexibilidad probatoria” por lo tanto estos principios alcanzan tanto al objeto de prueba como a los medios probatorios y a la interpretación de la misma; en materia de familia el juez puede apartarse de ellos para investigar hechos no alegados o no controvertidos, pues está en juego el orden público y el interés social, otorgándose al juez la facultad de solicitar medios de prueba no ofrecidos por las partes para lograr su propia convicción, no siendo necesario esperar al momento procesal de las medidas para mejor proveer, sino al proveer la prueba puede introducir las que considere necesarias y conducentes a la averiguación de los hechos relevantes para resolver el conflicto, especialmente la intervención del cuerpo técnico mediante pericias psicológicas y socio-ambientales.³⁹

Siempre será preferible la producción de la prueba, que el gravamen irreversible que causaría la falta de demostración por negativa a admitir su admisión o negar que sea conducente antes de que se lleve a cabo. Dando un ejemplo práctico y corriente: el alimentante no podrá ya establecerse en la cómoda negativa de carecer de medios

³⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Comentario de Mariela PANIGADI. ditorial La Ley 2014.

Suficientes para mejorar el aporte alimentario aun trabajando en relación de dependencia, Sino que deberá acompañar toda la documentación en su poder para dar cuenta de sus ingresos reales, o bien requerir al empleador que la remita, sin reposar en el tradicional deber de su contraria. También el art. 580 C.C.C determina la posibilidad de producción de prueba genética de oficio para el supuesto de la filiación *post mortem*. Establece que se podrá realizar con material genético de los progenitores del fallecido presunto padre, y si ellos se niegan o resulta imposible, se autoriza al juez a ordenar la exhumación del cadáver, incluso estableciéndose una opción entre una u otra modalidad.⁴⁰

La libertad amplitud y flexibilidad respecto de la admisibilidad, producción y colaboración de la prueba está directamente relacionado con las cargas dinámicas de la prueba y la carga de colaboración, que se explicitan en este mismo artículo mediante el cual en caso de duda el juez debe pronunciarse a favor de la admisión, la producción, o la eficacia de la prueba de que se trate deber de colaborar con el juez para que este obtenga los elementos de convicción necesarios para fallar, aun cuando son fundamento de la pretensión de la contraparte.

Se recibe expresamente, mediante este artículo (710 CCC), el principio de colaboración, que es uno de los deberes positivos que derivan de la actuación de buena fe. Este implica la posibilidad de extraer indicios (o "argumentos de prueba") derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.

El principio de colaboración procesal, impone a la parte "fuerte" de la relación procesal, la carga de aportar los elementos que se encuentren (o debieran razonablemente encontrarse) a su disposición para el esclarecimiento de la verdad.

Este principio está relacionado directamente en la doctrina y jurisprudencia, pero no se identifica con las cargas dinámicas de la prueba, aunque el mismo represente una carga, o imperativo del propio interés, puesto que la parte que no cumple se expone a obtener una sentencia desfavorable, no se lo sanciona por el incumplimiento.

Cabe tener presente que la doctrina de la prueba dinámica establece que quien está en mejor condición de probar debe contribuir a establecer la verdad objetiva, más allá de lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La Corte Suprema tiene dicho que la prueba constituye la actividad procesal encargada

⁴⁰ Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Directores: Marisa Herrera; Caramelo Gustavo; Picasso Sebastián. Comentario de Mariela González de Vicel. Infojus. Año 2015.

de producir convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, es un "imperativo del propio interés del litigante" en tanto que corre el "riesgo" de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva (en "Kopex Sudamericana" de 1995, Fallos 318:2555).

V. CONCLUSIÓN:

Considero apresurado realizar una conclusión inmediata acerca de este capítulo ya que realizarla sería anticipar la conclusión general del trabajo. Por lo cual lo único que haré es reivindicar la importancia de la presencia de la CDP en la norma escrita, aunque se encuentre receptada en la ley de fondo.

A continuación se realizará un detalle de la recepción de esta doctrina en las legislaciones de los demás países, ya sea tanto de América como así también España, en el cuál la doctrina ha avanzado considerablemente sobre la incorporación de este instituto.

CAPÍTULO IV:

Derecho comparado.

SUMARIO: Introducción. Latinoamérica: Brasil. Uruguay. Chile. Colombia. Costa Rica. Guatemala. Iberoamérica: Código procesal civil modelo para Iberoamérica. Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. Europa: España. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN:

Considero que el análisis de un tema particular dentro de la rama del derecho resulta incompleto si no se realiza un pequeño desarrollo del derecho comparado, ya sea para observar la diferencia o similitud con los esquemas legales de nuestro Estado, como así también para detectar modelos funcionales por parte de los demás Estados y así poder adaptarlos a nuestra legislación.

§ A—LATINOAMÉRICA

- I: BRASIL.

CÓDIGO DO PROCESO CIVIL

Artículo 333: La carga de la prueba corresponde:

I – Al autor, cuando alega un hecho constitutivo de su derecho.

II – El reo (demandado), cuando alega la existencia de un hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del autor.

Es nula la convención que distribuye de manera distinta la carga de la prueba cuando:

I- Recae sobre derecho indisponible de las partes.

II- Cuando se torna excesivamente difícil a una parte el ejercicio de su derecho.

Expresamente el código de proceso civil brasileño toma para su derecho la regla Chiovendiana de distribución de los esfuerzos probatorios, es más, prohíbe expresamente una distribución especial de la carga de la prueba. Este artículo tiene base en lo dispuesto sobre carga de la prueba en los artículos 2697 y 2698 del Código Civil italiano, siendo una copia exacta de los mismos.

- II: URUGUAY.

En el artículo N° 139 de su “Código General del Proceso” (sancionado en 1989) los legisladores Uruguayos receptan la doctrina que venimos explicando, poniéndola en práctica a través de un sistema de reglas análogo a la C.D.P, aunque difiere en su denominación.

El artículo del Código Procesal Civil uruguayo al cuál hice referencia, expresamente establece una inversión judicial del *onus probandi*, es decir, será el juez o el tribunal quien determine la inversión de la carga probatoria para el caso concreto⁴¹.

Aun así no debemos olvidarnos lo establecido en el inciso anterior, el cual establece como regla general la carga de la prueba de los hechos objeto del pleito al actor siendo el demandado aquél deberá probar los hechos extintivos, modificativos u extintivos de la pretensión del actor, como vemos es igual a la regla general establecida por nuestro Código Nacional de procedimientos civiles. Por lo tanto, la distribución del *onus probandi* no resulta aplicable de manera absoluta e ilimitada sujeta a la arbitrariedad judicial, sino que la Ley establece un límite a la Jurisdicción del Magistrado, las ‘reglas de la sana crítica’.

La pregunta que surgió entonces fue: ¿a qué refiere un concepto tan abstracto?

Hugo Alsina dice que “Las reglas de la sana crítica, no son otras que las prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”.⁴²

Según el Dr. Roland Arazi, la sana crítica es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso.⁴³

Este sistema ha sido desarrollado y propugnado en América por el profesor uruguayo Eduardo J. Couture, quien la define como “... la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”. Deben entenderse estas reglas, como aquellas que nos conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y la lógica, vale decir, el criterio racional puesto en ejercicio, ya que en la estructura esencial del fallo, deben respetarse los principios fundamentales del ordenamiento lógico, las leyes de la coherencia y la derivación; las reglas empíricas, el sentido común y la psicología, todos ellos considerados como instrumentos del intelecto humano que

⁴¹ Artículo 139: Carga de la prueba. (...) Inciso 2: La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.

⁴² ALSINA Hugo. “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”. Vol. I, Segunda edición. Editorial Ediar Soc. Anon. Buenos Aires. 1959.

⁴³ ARAZI Roland. “La prueba en el derecho civil”. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1991..

permiten la aproximación a la certeza. Couture nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Para él son ante todo, “las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción.

- III: CHILE.

El Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil chileno del año 2007, establece que: “la determinación por partes del tribunal de la existencia de hechos que deban considerarse dudosos y que sean relevantes para la adopción de una decisión no le eximirá de la obligación de dictar sentencia dentro del plazo legal. La carga de probar los fundamentos de hecho corresponde a las partes cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes”. Por lo que continúa diciendo: “el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo cual deberá comunicar a la partes con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba en la audiencia de juicio que disponga en su poder”⁴⁴.

Lo establecido por el anteproyecto del año 2007 fue tomado por el proyecto de ley definitivo presentado en el mes de marzo del año 2012, a pesar de esto la república chilena continúa con un código de procedimientos antiguo (año 1903) aunque en los anteproyectos de reforma queda demostrado el avance, lento, pero evolución al fin, de la necesidad de reforma del proceso civil hacia un procedimiento más flexible y justo.

⁴⁴ Código Procesal Civil chileno (Proyecto de ley año 2012)

- **IV: COLOMBIA**

El Código Civil colombiano recepta el rígido principio por el cual las partes deben probar los supuestos de hecho que introducen al proceso.

Sin embargo el Proyecto de Nuevo Código General Del Proceso (año 2012) determina que si bien incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio. La jurisprudencia de este país permite invertir el onus probandi sólo en los casos de responsabilidad médica.

- **V: COSTA RICA.**

El Código Procesal Civil de aquél país, en su artículo 317 determina que la carga de la incumbe a quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho y a quien se oponga a una pretensión mediante las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. Aunque luego de determinar la aplicación de la regla clásica de distribución del esfuerzo probatorio, contempla el siguiente párrafo: “Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido”.

- **VI: GUATEMALA.**

El Proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial contempla que la distribución de la carga de la prueba no obstará a la apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba. Además, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio. Desgraciadamente el código procesal guatemalteco continuó con su redacción del año 1960 el cual afirma que: “Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes,

los jueces apreciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba”⁴⁵.

§ B—IBEROAMÉRICA.

En la región de Iberoamérica se fundaron diferentes Comisiones cuyo fin no es unificar la legislación de estos países sino crear Códigos y legislación modelo para que los países tengan en cuenta al momento de modificar su legislación. El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se fundó en Montevideo, en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en 1957, en homenaje a la Memoria de Eduardo J. Couture. En la cuál a lo largo de diferentes conferencias y reuniones que tuvieron varios años de demora surgen los Códigos Procesales modelo para Iberoamérica, el cual fue aprobado en el año 1988. Sin embargo en el año 2004, en la ciudad de Caracas fue aprobado un Código procesal modelo pero aplicable a los procesos colectivos.

- I: CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA.

En el artículo 129 bajo el título de “carga de la prueba” se expresa que: “corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba”. Recordemos que no recepta la doctrina de las cargas dinámicas como tal, ya que en ese mismo año (1988) fue publicado el libro del Dr. Peyrano⁴⁶ el cual introdujo al mundo jurídico la doctrina en cuestión. Pero sin perjuicio de ello, está claro que los juristas al momento de sanción del código procesal modelo, proyectaban una visión a futuro de un proceso civil en el cual el juez posee un rol activo cuya finalidad última es el hallazgo de la verdad material.

⁴⁵ Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco. Artículo N° 126. (DECRETO LEY NUMERO 107/1960)

⁴⁶ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”, E.D. 107.

- **II: CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS
PARA IBEROAMÉRICA.**

En su artículo N° 11 al regular la audiencia preliminar, en su apartado número IV se establece que al momento de la iniciación del proceso el juez deberá “esclarecer a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1° del art. 12”. A lo cual el Art. 12, referido a la Prueba, en su primer el párrafo determina que “la carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos. A lo que el párrafo siguiente continua diciendo: “durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria. Además el código brinda la facultad al juez de ordenar cualquier prueba de oficio, estableciendo como límite la garantía del principio contradictorio.

§ C—EUROPA.

- **I: ESPAÑA.**

La Nación Española, en su Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000⁴⁷ toma como regla general de distribución de la carga aquella seguida por nuestro CPCCN, es decir la postura rígida por la cual “quien alega, prueba”. Al hablar de “regla general” se entrevé que existe una excepción a dicha regla. En la exposición de motivos de la ley

⁴⁷ Comenzó a regir en el año 2001. Precursora por excelencia de la codificación del dinamismo probatorio.

mencionada el Rey Juan Carlos I expresa lo siguiente: “En cuanto a la carga de la prueba, la Ley supera los términos, en sí mismos poco significativos, del único precepto legal hasta ahora existente con carácter de norma general, y acoge conceptos ya concretados con carácter pacífico en la Jurisprudencia. Las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas que bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos. Por todo esto, ha de considerarse de importancia este esfuerzo legislativo”⁴⁸

Era una dirección jurisprudencial consolidada en España que la prueba deba exigirse de quien la pueda tener normalmente a su disposición. Pero fue la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 la que incluyó expresamente en su art. 217, la posibilidad de desplazamiento de la carga probatoria, atendiéndose a la disponibilidad o facilidad en cuanto a la producción de prueba que corresponda a cada una de las partes:

‘Artículo 217 Carga de la prueba

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

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

⁴⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil Español. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, Apartado N°3. Año 2000.

indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

(Introducido en su actual redacción por el apartado tres de la disposición adicional quinta de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres («B.O.E.» 23 marzo). Vigencia: 24 marzo 2007).

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

(Renumerado por el apartado tres de la disposición adicional quinta de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres («B.O.E.» 23 marzo). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 5 del mismo artículo. Vigencia: 24 marzo 2007)

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

(Renumerado por el apartado tres de la disposición adicional quinta de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres («B.O.E.» 23 marzo). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 6 del mismo artículo. Vigencia: 24 marzo 2007). ''

Podemos observar como a partir del apartado N° 6 se prevé la posibilidad de desplazamiento de la carga probatoria en aquellos casos en los que el tribunal así lo considere para facilitar el desenvolvimiento del proceso y arribar a soluciones más justas.

II. CONCLUSIÓN:

Es notable como los países de Latinoamérica fueron “modernizando” sus sistemas procesales nacionales y a pesar de que la doctrina de la CDP sea “bien nuestra” tanto nuestro código nacional como así también el provincial no se hacen cargo de la misma. A mi modo de ver esto deja en total evidencia la lentitud y la exagerada medida con la que tanto los legisladores como los doctrinarios actúan en nuestro país.

CAPÍTULO V:

Disposiciones Finales.

SUMARIO: Conclusión.

I. CONCLUSIÓN.

Podría afirmarse, sin estar demasiado alejado de la verdad, que la imposición al demandado de probar alguno de los hechos alegados por el actor en su demanda atenta de alguna manera con el debido proceso y con la seguridad jurídica.

Veámoslo de esta manera: el actor recurre al Poder Judicial de forma voluntaria mientras que el demandado es “traído” al proceso de forma compulsiva, imponiéndole duras cargas sobre su persona y/o sobre su patrimonio; lo cual nos parece correcto ya que si no existiera la forma de “obligarlo”⁴⁹ a comparecer en un proceso en su contra estaríamos negando el derecho a la Jurisdicción del actor, situación que es inconcebible en cualquier Estado de Derecho. Ahora bien: ¿resultará excesivo ya no sólo obligarlo a presentarse al proceso sino tener que ser quien pruebe los hechos de los cuales se lo acusa? Si analizamos la situación despojándola de toda subjetividad y/o valores llegamos a la conclusión que la respuesta es afirmativa. Pero es sabido que en las ciencias sociales, y en el Derecho como una rama de ella, es imposible despojarse de valores ya que los mismos forman el pilar, la razón de ser y la base del derecho como ciencia y como piedra angular de los Estados Modernos.

Sin perjuicio de lo afirmado con anterioridad, la doctrina que da nombre a esta investigación, puede ser considerada como el contrapeso creado por los juristas para evitar atropellos a las partes débiles dentro de un proceso judicial debido a que dentro de los tribunales el principio constitucional de igualdad se convierte automáticamente en el principio de igualdad procesal, el cual, como fuese detallado ut supra involucra cuestiones más profundas que la simple aritmética del $1+1=2$.

Más aún, cuando se recurre al Poder Judicial lo que se busca, obviamente, es que se garantice el valor justicia, para lo cual el mecanismo judicial debe brindar protección (y las herramientas adecuadas para procurárselas) a las contrapartes en un juicio, siendo necesario muchas veces considerar a ambas partes de manera distinta, claramente que sin caer en ilegalidades. Si la C.D.P no existiera o no se tuviera en consideración por los magistrados gran parte de la población estaría vedada de incoar una demanda o bien de iniciar un proceso en el que ya se sabe que compite con alguien que por cuestiones extra tribunicias lo supera ampliamente por lo que “ el juicio está perdido antes de

⁴⁹ Utilizo la palabra “obligarlo” para una mejor comprensión, pero bien sabemos que no es una verdadera obligación las cuales traen aparejado el poder de coacción.

empezarse’’, y es aquí en donde los jueces y los legisladores deben ‘‘frenar el atropello del sistema’’ no solo protegiendo al débil sino también dotando de confianza al sistema democrático.

El principal objetivo de garantizar el acceso a la Jurisdicción es justamente obtener justicia tal como reza el Preámbulo de nuestra Carta Magna (‘‘afianzar la justicia’’), siendo este el valor imperante y sobre el cual se construye nuestra Nación, materializándose en lo que llamamos debido proceso. Por lo que podemos decir que en casos que lo ameriten el valor justicia permite o debería permitir apartarnos de la rigidez del proceso dispositivo. Tampoco esto es absoluto, sino en nombre de la justicia se violaría hasta el último precepto constitucional, por lo tanto el ideal se conformará de una conjunción de: principio de legalidad, principio de razonabilidad, principio de debido proceso y sobre todo igualdad ante la ley, siendo este último discutido en lo que refiere a materia de la prueba en juicio⁵⁰.

Personalmente y careciendo de toda autoridad intelectual como he afirmado anteriormente me toca disentir con aquellos que creen que el principio de la igualdad es literal, matemático, rígido, ya que adhiero a aquello que propugnaba Aristóteles: ‘‘igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales’’⁵¹ relacionando esto directamente con el concepto de Justicia.

De esta manera se genera una relación de género y especie entre el principio constitucional de igualdad y el principio doctrinario conocido como igualdad procesal,

⁵⁰ Adolfo ALVARADO VELLOSO, sostiene que aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas “no sólo es actitud inaceptable sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo; su Prólogo al libro de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005).

⁵¹ Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad, y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad; porque en toda acción, sea la que quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual; esto lo ve cualquiera sin necesidad de razonamiento; y si lo igual es un medio, lo justo debe ser igualmente un medio. Pero la igualdad supone por lo menos dos términos. Es una consecuencia no menos necesaria, que lo justo sea un medio y una igualdad con relación a una cierta cosa y a ciertas personas. En tanto que medio, es el medio entre ciertos términos, que son el más y el menos; en tanto que igualdad, es la igualdad de dos cosas; en fin, en tanto que justo, se refiere a personas de cierto género. Lo justo implica por lo tanto necesariamente cuatro elementos por lo menos, puesto que las personas, a las cuales lo justo se aplica, son dos; y las cosas, en las que se encuentra lo justo, son igualmente dos. La igualdad es aquí la prisma para las personas que para las cosas en que ella se encuentra. Quiero decir, que la relación en que están las cosas es también la relación de las personas entre sí. Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones, cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales. Esto mismo es de toda evidencia, si, en lugar de mirar a las cosas, se mira al mérito de las personas que las reciben. Todos están de acuerdo en reconocer, que en las particiones lo justo debe acomodarse al mérito relativo de los contendientes. Sólo que no todos hacen consistir el mérito en unas mismas cosas. (ARISTOTELES, Ética a Nicómaco, Libro V, Capítulo III)

la cual no se refiere a desconocer las diferentes posiciones que ocupan actor y demandado durante un litigio, sino en que ambos tengan iguales oportunidades de probar lo que alegan e impugnar a la contraparte, siendo el Juez aquel que haga todo lo posible para que ambos litigantes mantengan esas diferencias posicionales en equilibrio y sin privilegios, logrando que se dicten decisiones imparciales⁵². Siendo adoptado este principio por el artículo 34 inciso 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el Artículo 21 de nuestro Código provincial de procedimientos Civil y Comercial.

Podemos afirmar que el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad, y por lo tanto, la corrección de la decisión final.

El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante, como dijera en una oportunidad el Dr. Peyrano: “el juicio civil se transforma en un mecanismo para darle satisfacción a dos abogados pícaros o inteligentes. Que gane el más inteligente, con olvido de quien debe ganar y quien tiene razón⁵³”. Estas razones están en la base de una tendencia general existente en casi todos los sistemas procesales, en el sentido de proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las cuestiones de hecho y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal además de la prueba presentada por las partes.

Por lo tanto, reitero mi adhesión a la incorporación de la CDP al CCC a pesar de la crítica sobre su dudosa constitucionalidad. También considero que el CPCC de nuestra provincia necesita ser actualizado, incorporándose no sólo el instituto tratado en este trabajo sino es necesaria una reforma integral, porque aunque en nuestra provincia contamos con grandes doctrinarios, nuestra legislación se encuentra atrás en el tiempo. Creo vital aprovechar los recursos intelectuales que poseemos en la provincia y en la Nación para la creación de un código de procedimientos modelo, no sólo para la Nación o para las demás provincias sino para Latinoamérica y para el resto del mundo.

⁵² <http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/igualdad-procesal>

⁵³ "La Conveniencia para el Proceso de la Carga Dinámica de la Prueba" conferencia del Dr. Jorge Walter Peyrano, durante el XI Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en ciudad de Panamá en agosto 2014.

II. BIBLIOGRAFÍA

§ A—GENERAL

Alsina, H. (1957). *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires.

Arazi, R. (1991). *La prueba en el derecho civil*. Buenos Aires: La Rocca.

Couture, E. J. (1942). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires : Aniceto Lopez.

Peyrano, J. W., & Vázquez Ferreyra, R. A. (s.f.). *Código procesal Civil y Comercial de la Prov de Santa Fe, análisis doctrinario y jurisprudencial*. Rosario: Juris.

Sagues, N. F. (2003.). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires.

Tanzi, S. Y., & Alterini, J. M. (2004). *La demanda de daños*. Buenos Aires: Carpetas de Derecho.

Valetta, M. L. (1999). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Valetta Ediciones.

§ B—ESPECÍFICA.

Arazi, R. (2005). Teoría general de la prueba. La carga probatoria. *XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal*. Arequipa, Perú.

Bentham, J. (2003). *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Librería El Foro.

Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTEHA.

García Grande, M. (2004). Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables. *VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*. La ley.

García Grande, M. (2005). *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Juris.

Lessona, C. (1923). *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*. Madrid: Reus.

Machado, & Schiaffino. (1988). *El perito y la prueba*. Buenos Aires: La Rocca.

Peyrano, J. W. (2005). Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos. *Derecho Procesal*, 328.

Peyrano, J. W. (2014). La conveniencia para el Proceso de la Carga dinámica de la prueba. *XI Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Panamá.

Peyrano, J. W., & Chiappini, J. O. (1988). *Lineamientos de las cargas probatorias "dinámicas"*. Rosario: Rubinzal Culzoni.

INDICE

Resumen.....	3
Estado actual de la cuestión.....	4
Marco teórico.....	5
Introducción.....	6

CAPÍTULO I:

Prueba en general. Objeto, finalidad y carga.

Introducción.....	8
Prueba en general.....	8
Concepto de la prueba.....	8
Objeto de la prueba.....	10
Finalidad de la prueba.....	12
Carga de la prueba.....	13
Definición.....	13
Carga de la prueba en CPCC de la provincia de Santa Fe.....	14
Carga de la prueba en CPCC de la Nación.....	14
Conclusión.....	15

CAPÍTULO II:

Carga dinámica de la prueba.

Introducción.....	18
Antecedentes históricos.....	18
C.D.P en el Derecho Positivo.....	22
Ley 24.240.....	22

Ley 20.744.....	23
Ley 25.675.....	24
Responsabilidad Médica.....	25
Códigos Procesales provinciales.....	27
Jurisprudencia.....	29
Conclusión.....	32

CAPÍTULO III:

C.D.P en el C.C.C.

Introducción.....	34
Debate sobre su constitucionalidad.....	34
Doctrina.....	34
Jurisprudencia.....	36
C.D.P en Responsabilidad Civil.....	37
La culpa como factor de atribución.....	37
Normas introducidas por el CCC.....	38
C.D.P en cuestiones de derecho de familia.....	41
Conclusión.....	44

CAPÍTULO IV:

Derecho comparado.

Introducción.....	46
Latinoamérica.....	46
Brasil.....	46
Uruguay.....	46
Chile.....	48
Colombia.....	49
Costa Rica.....	49

Guatemala.....	49
Iberoamérica.....	50
Código procesal civil modelo para Iberoamérica.....	50
Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica....	51
Europa.....	51
España.....	51
Conclusión.....	54

CAPÍTULO V:

Disposiciones finales.

Conclusión.....	56
Bibliografía.....	59
General.....	59
Específica.....	59