

“INSERCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS”.

Por Jorge W. Peyrano.

Se han caracterizado, tentativamente, a los procesos colectivos, expresando que “será aplicable el proceso colectivo cuando se demande o se encuentre demandado un grupo de personas, con intereses que correspondan a derechos transindividuales provenientes de un origen común, jurídico o de hecho y que, por la indivisibilidad del reclamo, por pertenecer a una clase, o por el elevado número de los miembros, hiciera impracticable la reunión de todos ellos” (1). Dicha definición incluye una clara diferenciación de los procesos *corrientes* porque hace hincapié en que la justificación de los procesos colectivos reside en que estos proporcionan respuestas que no pueden brindar los procesos individuales, se traten ellos de procesos bilaterales o litisconsorciales (2).

Cierto es que ya existen en el plano nacional algunas regulaciones parciales de procesos colectivos, pero tal regulación no cubre buena parte del espectro de situaciones posibles. Sobre el particular, Arazi destaca que “En la legislación nacional existen dos leyes que se refieren especialmente a los procesos colectivos, me refiero a la 24.240 y su modificatoria, 26.361 (Defensa del Consumidor), y la 25.675 (General del Ambiente). No obstante, esas leyes no abarcan todos los supuestos posibles, pues a pesar de la amplitud del nuevo artículo 1º de la ley 24.240, hay derechos de incidencia colectiva y derechos individuales homogéneos que exceden las relaciones de consumo y, en su caso, las previsiones de la Ley General del Ambiente” (3). Por añadidura, cabe decir que lo poco legislado tampoco es exhaustivo, ni siquiera medianamente. Por ello hemos sostenido que en realidad los procesos colectivos no existen en la Argentina porque lo sustancial de ellos no cuenta con una regulación legal nacional omnicompreensiva de sus costados principales (4).

A la espera de la legislación exhaustiva pendiente, se han registrado precedentes judiciales provenientes de tribunales cimeros que, a nuestro entender, no poseen entidad suficiente para despejar incógnitas y para ser de acatamiento obligatorio.

Parecería, entonces, que la referida espera debe estar impregnada de propuestas que pueden ser inspiradoras para el legislador nacional del futuro (que deseamos no sea demasiado remoto en el tiempo). Entre ellas, destaca, creemos, la incorporación de la doctrina de las llamadas cargas probatorias dinámicas, aunque, claro está, el nomen iuris es lo de menos. Así, prestigiosos cuerpos legales han incorporado su ideario bajo denominaciones distintas. Tal el caso del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España -sancionada en el 2000- que reza “ ...2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo 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 las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior (...) 6. 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”. Indudablemente, esta

última terminología diferente no impide reconocer que se está aludiendo a lo que por aquí se llama “cargas probatorias dinámicas” (5).

Conocidas y aplicadas desde tiempo atrás (6), cuentan con el espaldarazo de su aplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (7) y constituyen una flexibilización, de aplicación excepcional, de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

La carga probatoria más conocida -pero no la única- es aquella conforme a la cual (presuponiendo siempre un entorno excepcional) corre con la carga de la prueba la parte que se encuentre en mejores condiciones profesionales, fácticas o técnicas para producirla (8). Se han ensayado diversas y fundadas justificaciones acerca de la validez intrínseca de dicha doctrina, pero posiblemente la que prevalece es la que “considera al imaginario de la cargas probatorias dinámicas una derivación de las reglas de la sana crítica, especialmente de la que establece que “lo diferente no puede ser valorado con el rasero del común”, tal como se declarara en las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial e Informático celebradas en Junín en octubre de 1992. Vale decir que el apartamiento de las reglas tradicionales distributivas del *onus probandi* se encuentra legitimado frente a una situación distinta de las habituales y por imperio de una de las reglas de la sana crítica” (9).

A la doctrina autoral no le ha pasado inadvertido que las soluciones legales existentes que intentan disciplinar aspectos de procesos que podrían llamarse “colectivos” (es decir, el proceso ambiental instrumentado por la 25.675 y los procesos promovidos en defensa del consumidor y del usuario establecidos por la ley 24.240 y su modificatoria la ley 26.361), no pueden ignorar la incidencia de las cargas probatorias dinámicas para un mejor desarrollo y resultado de los referidos mecanismos legales (10). Por nuestra parte hemos visualizado lo mismo, tanto en materia de Derecho del Consumidor y del Usuario (11) como en el Derecho Ambiental (12), respecto del cual hemos dicho “En lo que atañe al Derecho Ambiental, debemos consignar que se registra una nueva regla de carga probatoria dinámica que opera para hacer realidad el principio precautorio estampado en el art. 4 de la ley 25.675. 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 del producto o procedimiento de que se tratare, la parte que ha introducido el riesgo y aprovecha el correlativo beneficio económico”. En función de dicha regla, será, verbigracia, la empresa telefónica que ha emplazado una antena de telefonía celular (actividad bajo sospecha de la Organización Mundial de la Salud) la que deberá probar que el referido emplazamiento genera una escasa intensidad del riesgo correspondiente, puesto que no se encuentra en condiciones de demostrar –por ahora, al menos- que carecen de toda nocividad los campos electromagnéticos generados por antenas de telefonía celular (13).

Pero hay más: debe memorarse el artículo 12 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004 y salido de las plumas de connotados procesalistas integrantes del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) que dispone “Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medio lícitos. Par. 1º. La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específica 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 el 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” (14). Ello – aparte de consagrar un onus probandi radicalmente diferente desde el vamos- demuestra la conveniencia y necesidad de que regulaciones legales omnicomprendivas de los procesos colectivos puedan y deban incluir a las cargas probatorias dinámicas, que vienen, fundadamente, a alterar la distribución de la carga de la prueba tradicional cuando se trata de dichos procesos signados, muchas veces, por notorias diferencias entre actores y demandados. Seguramente, de ello ha tomado debida nota el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Y, seguramente también, tomará nota el legislador del futuro cuando instrumente un proceso colectivo con cargas probatorias “realistas” y ajustadas a las circunstancias del caso, y no, en cambio, atadas a tradiciones jurídicas propias de siglos pasados.

NOTAS.

1. FALCÓN, Enrique, “Una definición de los procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal, Año 2011-2, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 41.
2. OTEIZA, Eduardo, “La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare”, en obra colectiva de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe 2006, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 26: “La tarea de regular un proceso colectivo supone reconocer que las respuestas que está destinado a brindar difieren de aquellas buscadas por intermedio del proceso entre partes que actúan individualmente o, simplemente, forman litisconsorcios. El principal argumento que justifica una regulación específica para el proceso colectivo reside en la inutilidad de disociar conflictos que pueden ser debatidos en un único proceso judicial”.
3. ARAZI, Roland, “Reflexiones para la regulación de los procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal Año 2011-2, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 49.
4. PEYRANO, Jorge W., “Sucedáneos posibles de la deseada fuerza expansiva subjetiva de las sentencias que deberían ser dictada en el marco de los procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal Año 2011-2, Santa Fe 2011, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 275.
5. PEYRANO, Marcos, “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española”, en “Cargas probatorias dinámicas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2004, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 179 y ss.
6. PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en “Cargas probatorias dinámicas”, p. 85.
7. Ibídem, p. 76.

8. PEYRANO, Jorge W., “Cargas probatorias dinámicas”, en La Ley Boletín del 01.08.2011, p. 4.
9. *Ibíd*em, p. 5.
10. Compulsar las opiniones de Roland ARAZI y de Roberto BERIZONCE vertidas a fs. 5 del trabajo citado en la nota anterior.
11. Conf. nuestro criterio sobre el punto en el trabajo citado en la nota 8, en p. 5.
12. *Ibíd*em, p. 5.
13. PEYRANO, Jorge W., “Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal Año 2005-2, p. 328.
14. Texto espigado en el libro citado en nota 2, p. 441 y ss.