

LAS CARGAS PROBATORIAS DESIGUALES.

Por Jorge W. Peyrano.

Detrás de las aguas abiertas por el Código Procesal Civil de Austria de 1895 – salido de la pluma de Klein para quien el proceso civil es “una institución de beneficencia”- tomó auge, hace algunos años, un movimiento en pro de la “socialización del proceso” que perseguía una igualdad a todo trance en el seno del juicio civil. Como suele suceder, las ideas bienintencionadas llevadas a extremos intransigentes se desacreditan y pierden fuerza. Dicha corriente de pensamiento pretendía una igualdad casi aritmética en los eternos protagonistas del drama procesal: actor y demandado. Ciertamente es que no hay una verdadera igualdad procesal entre quien es culto y quien no lo es, entre quien puede requerir los servicios de un prestigioso abogado y quien debe conformarse con la asistencia letrada gratuita, entre quien puede esperar sin apremios económicos el desenlace del debate y quien cifra todas sus esperanzas en un pronto resultado favorable. Más aún: hoy en día se dice sin tapujos que media desigualdad procesal cuando se enfrentan letrados de disímiles condiciones técnicas (1). Empero, tal igualdad absoluta es imposible de conseguir.

Tantas exigencias determinaron que las posiciones de máxima de dicho movimiento fueran abandonadas, pero en el ámbito de la prueba quedó un interesante remanente que prosperó y floreció en la aparición de varios mecanismos tendientes a tomar nota y en alguna medida remediar desequilibrios existentes entre las partes a la hora de acreditar sus versiones fácticas. Todos los mencionados mecanismos involucran, en mayor o menor dosis, una apartamiento de la regla de igualdad procesal probatoria escolarmente concebida, conforme a la cual cabe partir –siempre y en todos los casos- de probar cabalmente los presupuestos de hecho de los contradictores; siendo inaceptable que merced a distorsiones probatorias u otros artilugios se alivie o sobrecargue el esfuerzo probatorio de alguno de los litigantes.

Así fue, insistimos, que surgieron instrumentos que apuntan a “igualar” en términos reales la faena probatoria, ponderando la especial “debilidad” de una de las partes frente al comparativamente mayor “peso específico” de la contraria (vgr. el ámbito del Derecho del Consumidor). Así fue, también, que se diseñaron artefactos que poseen igual aptitud “igualadora”, pero que hacen eje en que se encuentra en juego la realización de un derecho de emplazamiento privilegiado en el ordenamiento jurídico (vgr. los supuestos de los Derechos Humanos y del Derecho Ambiental). Vaya como muestra de esto último el caso de la imposición del “onus probandi” cuando se trata de establecer quien debe demostrar si existe (o no) una duda razonable respecto de si una actividad con repercusiones ambientales resulta nociva para el entorno, a la luz de lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley General del Ambiente (2). Si bien en dicho marco no puede probarse acabadamente (porque todavía no existe certeza científica en el punto) si un producto o procedimiento nuevo resulta ambientalmente nocivo, sí puede acreditarse que concurre (o no) una sospecha seria de nocividad. Ahí es donde reclama

injerencia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que es uno de los nuevos mecanismos a los que aludíamos y sobre los que volveremos . Sobre el particular, hemos dicho lo siguiente: “puesto que, de ordinario, quien introduce el riesgo (muy frecuentemente, grandes empresas dedicadas a la explotación del ramo) está en mejores condiciones técnicas para demostrar, hasta donde se pueda, el carácter inocuo del proceso o procedimiento respectivo” (3), serán dichas grandes empresas las que sobrellevarán el esfuerzo de demostrar la baja intensidad de la sospecha de nocividad del proceso o procedimiento cuestionado.

Se han propuesto y difundido algunos mecanismos para “igualar” la faena probatoria. El más exitoso en nuestro medio recibe por denominación “doctrina de las cargas probatorias dinámicas”.

Es la más conocida de las técnicas que aquí examinaremos. Su partida de nacimiento data *circa* 1978. Su aplicación generalizada es muy amplia y ya ha sido incorporada a varios códigos procesales civiles locales (La Pampa, Corrientes) y de otras latitudes (España y Colombia, por ejemplo).

Parte del piso de marcha de que las circunstancias del caso legitiman que deba dejarse de lado la distribución “normal” de la carga probatoria, de modo tal que resulta ser que quien debía soportar el esfuerzo probatorio principal según el esquema distributivo corriente sea reemplazado por la contraria. El desplazamiento de carga probatoria que acarrea el ideario de las cargas probatorias dinámicas afecta al factor atributivo de culpa (4), colocando el esfuerzo probatorio en cabeza de quien, de acuerdo a las reglas tradicionales de la distribución del onus probandi, no debía soportar dicha carga. Téngase en cuenta que dicho desplazamiento no disminuye la intensidad probatoria que debe cumplir tanto la parte afectada por el desplazamiento probatorio como su contraria, por lo que ambas (actor y demandado) deben generar certeza moral plena en el órgano jurisdiccional acerca de los hechos y circunstancias cuya prueba se encuentra a cargo de ellas .

La referida doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un desplazamiento de la carga probatoria (de ahí lo de “dinámicas”), justificado por la extremada dificultad probatoria de quien soportaría el “onus probandi” en el marco del esquema tradicional y por la correlativa mayor facilidad probatoria del litigante que en un principio no debía probar. Tal desplazamiento de cargas probatorias, lo recalamos otra vez, no abarca la totalidad de los hechos y circunstancias relevantes para la suerte de la causa.

No obstante que la precitada doctrina –que ya cuenta con el espaldarazo jurisprudencial que le proporcionan precedentes de nuestro tribunal cimero (5)- se aplicó primeramente en el terreno de la mala praxis quirúrgica, aunque ha recibido también profuso uso en otros terrenos, como ya se ha visto. Así, claro está, en lo que atañe al Derecho que tutela a los Consumidores (6).

Otra de las referidas técnicas es la de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes.

Aquí, y siempre en miras a “igualar” la tarea probatoria, no se trata de desplazar el “onus probandi” sino que se exigen esfuerzos probatorios muy diferentes: la parte beneficiada con el mecanismo que nos ocupa debe cumplir una faena demostrativa mucho más sencilla y acotada que la asignada a su contraria. Recientemente y en el más empujado nivel jurisdiccional (7), se hizo aplicación del mecanismo que venimos exponiendo. En la especie, se trataba de un despido laboral imputado de discriminatorio donde -por incidencia de varios Tratados sobre Derechos Humanos, que condenan severamente todo trato discriminatorio. Certeramente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en el caso lo siguiente: “ Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hecho que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (8).

El derecho a la intimidad, que es también un Derecho Humano, fue objeto de reflexiones por parte de Eduardo de Lázzari (9), tiempo ha. En ellas llega a la conclusión de que en algunos aspectos considera que estando acreditado el entrometimiento o la incursión en la vida privada de una persona, debe presumirse que ella es arbitraria (10). Pareciera que también aquí se visibiliza el ideario de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes porque prima facie será mucho mayor el esfuerzo probatorio que deberá concretar el presunto victimario. Vaya como digresión válida recordar que también el derecho a la intimidad posee sus límites. En fecha reciente, el Tribunal Constitucional de España desestimó que hubiere una violación del derecho a la intimidad de dos trabajadores que habían instalado un programa de mensajería instantánea en una computadora laboral de uso común, pese a que lo tenían expresamente prohibido. Dicha conducta de los empleados determinó una amonestación verbal por parte de la empleadora, que provocó una demanda de amparo rechazada por el tribunal interviniente (11).

La igualdad probatoria ideal pasa por la observancia fiel y escrupulosa del esquema tradicional de distribución del “onus probandi”, sin concesiones. Dicho esquema se encuentra regulado por el artículo 377 C.P.N. que recoge, malamente, la llamada “teoría normativa” de Rosenberg. No piense el lector que todos los códigos procesales civiles incluyen normas sobre el reparto del esfuerzo probatorio. La ley adjetiva civil santafesina, por ejemplo, nada dice sobre el particular; debiendo los operadores jurídicos recurrir a las enseñanzas de la doctrina autoral y judicial.

Está demostrado que la observancia irrestricta del susodicho esquema es una fuente de injusticias porque no pondera adecuadamente las circunstancias del caso que indican la necesidad de desplazar una carga probatoria (doctrina de las cargas probatorias dinámicas) o, inclusive, pergeñar un nuevo reparto probatorio con menores requerimientos para uno de los litigantes que para el otro (cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes).

Merced a los aludidos artilugios es que se puede obtener una igualdad probatoria real y no meramente formal. Para llegar al punto en el que nos encontramos se ha

batallado mucho, pero no en vano. Hoy existe una conciencia generalizada respecto a que lo distinto puede y debe recibir un tratamiento diferente. Caso contrario, se habrá logrado una igualdad meramente aritmética, pero se habrá perdido la posibilidad de conseguir el pan de la Justicia.

Notas.

1. PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil. Principios y fundamentos”, Buenos Aires 1978, Ed. Astrea, p. 148.
2. Artículo 4 de la Ley 25.675: “... 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”.
3. PEYRANO, Jorge W., “Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, Año 2005 – II, p. 328. Puede consultarse, también, de Roberto Andorno, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, en Jurisprudencia Argentina 2003-III-969.
4. PEYRANO, Jorge W., “Cargas probatorias dinámicas”, en La Ley, Boletín del 01 de agosto de 2011, p. 4: “La doctrina que nos ocupa no encierra – contrariamente a lo que frecuentemente se piensa- una hipótesis de inversión probatoria completa. El aligeramiento probatorio que involucra sólo opera en algunas áreas (especialmente en lo que atañe al factor de atribución) y no en todas. Así, el demandante por una mala praxis quirúrgica correrá con la carga de probar varios puntos (que la intervención quirúrgica respectiva se realizó en tal o cual lugar, que los daños sufridos existieron y fueron tales o cuales, etc.), y el cirujano únicamente deberá alegar y demostrar las razones exculpatorias que le asisten”.
5. Se trata del precedente “Pinheiro”. La citada causa ha sido motivo de dos excelentes comentarios por mano de Francisco Cecchini, “Cargas probatorias dinámicas”, en Jurisprudencia Santafesina, T. 36/7, p. 213 y ss., y de Guillermo Enderle, “Funcionalidad de la carga de la prueba”, en Jurisprudencia de Entre Ríos, N° 68, p. 1519 y ss.
6. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Cajeros automáticos y defensa al Consumidor”, en Jurisprudencia Argentina 1997-I-791.
7. Precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitido, el 15 de noviembre de 2011, en “P.L.S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. Nuestro comentario sobre este fallo , que lleva por título, “Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes”, puede encontrarse en La Ley 2011 F, pág. 624 y ss.
8. Vide precedente citado en nota anterior.

9. DE LÁZZARI, Eduardo, "Protección cautelar del derecho a la intimidad", en Jurisprudencia Argentina 1990-I-passim.
10. Ibidem, p. 909.
11. Se trata de una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España emitida, el 17 de diciembre de 2012, en el seno de un recurso de amparo denegado.