

PRUEBA CIENTÍFICA Y CARGAS DINÁMICAS

Por Carlos Alberto Carbone

Sumario:

I Momento de analizar el tema de la carga de prueba 2 Noción de prueba científica 2.1 Carga estática y humo de tabaco en lugares cerrados. Prueba en Internet 2. 2 Navegación por Internet como fuente de prueba: el CPP colombiano 3 Mala praxis médica 4. Filiación y negativa a someterse a la prueba científica- 5 Carga dinámica y daño ambiental –principio precautorio- y derechos humanos 6.Sistemas informáticos bancarios, cajeros automáticos (uso de dispositivo delictual pescador) 6.1. Descuentos por débito automático 7 Controversias en nombres de dominio en Internet 8 Responsabilidad por productos elaborados defectuosos 9 Sobrefacturación de consumo telefónico 10 Carga dinámica en el rito colombiano por razones técnicas. Desacierto del instituto legislado

I Momento de analizar el tema de la carga de prueba

Debemos recordar algo para algunos pocos y “poco” avisados, que el tema de la carga de la prueba recién cobra vida al momento de la sentencia. Y solo cuando no haya prueba eficiente de algunos hechos controvertidos.

La carga de la prueba es por cierto una distribución, no del poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone pues ningún derecho del adversario sino un imperativo de cada litigante.¹

A modo de ejemplo puede recordarse el criterio firme sosteniendo que los litigantes deben asumir las consecuencias de que la prueba se produzca o no, y en principio esa debe ser cumplida por quien quiera innovar la situación de su adversario²

En este caso el juez se preguntará: quien asume la desventaja entonces de no haber probado? A quien le correspondía probar y no lo hizo?³

¹ Chiovenda, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Procesal", T. III, pág. 92, ed. 1954

² CNCom.Fecha 21/04/2003.- Autos: Universal Maschinenfabrik DR. R. Sschriber GMBH Y CO. KG. c/ Rode & Lisenfeld SRL: y otro.

³ Carbone Carlos Alberto “Las cargas dinámicas en Alemania, derecho del consumidor, dominio de Internet, etc.” en libro *CARGAS DINAMICAS* Director Jorge W Peyrano. Coordinador Inés Léori Withe Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 2004 pag 200 y sgtes

Entonces para responderse recordará las cargas estáticas de la prueba que terminan colocando en cabeza del actor dicho peso procesal que a la postre es el que afirma y siempre y cuando el demandado se haya limitado a negarlo. El muestreo judicial revela que en determinadas cuestiones donde está en juego la prueba científica se ponen en jaque las reglas estáticas de la carga de la prueba.

2 Noción de prueba científica

Hemos dicho tiempo atrás que si hablamos de pruebas científicas nos referimos a evidencias que “están de acuerdo con” determinado conocimiento deductivo conforme procedimientos rigurosos o métodos precisos de las ciencias.⁴

Y en esta acepción de la prueba científica, cuando aludimos a la ciencia, estamos hablando de las ciencias duras: distintos campos de la medicina, la biología, la genética, la química, incluida los adelantos electrónicos antes referidos, etc.⁵

La expresión de pruebas científicas se utiliza para llamar a este tipo de pruebas, usualmente a través de pericias que presentan perfiles donde los conocimientos del saber duro respectivo son novedosos y complejos como los que venimos enunciando incluyendo cuestiones de la física nuclear, informático, etc. más allá del conocimiento común y el especializado que se obtiene por los profesionales e idóneos en la materia: es el llamado conocimiento científico que integra la materia probatoria en los confines del saber al decir de Falcón⁶

Estas pruebas captan las herramientas de última generación como métodos sofisticados y novedosos.⁷

Ejemplos de pruebas científicas: los antes anunciados, las pruebas biológicas, las cuales pueden ser consideradas las reinas de estas pruebas, al punto que prácticamente pareciera se las funde en el concepto⁸, pero también lo son a nuestro juicio las

⁴ Carbone, Carlos A “Aristas de las pruebas científicas ante el desafío de su valoración” La Ley Litoral 2001 pag. 988

⁵ Carbone Carlos “La prueba científica en el proceso judicial” Ed. Juris, Rosario 2013 (en publicación)

⁶ Falcón, E “Tratado de Derecho Procesal Civil.” Ed Rubinzal y Culzoni T II pag. 1154

⁷ Arazi, Roland, y Rojas, Jorge “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado..” Ed Rubinzal-Culzoni, Sta Fe, 2001 T. II pag 484.”La prueba en el proceso civil” La Roca, Bs. As. 1998

⁸ Midón, Marcelo S “Pericias biológicas. Enigmas que se plantean al hombre del derecho” Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006.

emanadas de los aparatos electrónicos de identificación de la voz a la hora de peritar la autenticidad,⁹ la prueba informática, etc.¹⁰

2. 1 Carga estática y humo de tabaco en lugares cerrados. Prueba en Internet

La regla estática de la carga de la prueba determina que el que invoca el presupuesto favorable de una norma debe probar dicho soporte fáctico.

Máxime si se este hecho demanda ser acreditado mediante la prueba científica como cuando se trata de acreditar que el humo del tabaco en ambiente cerrado no puede afectar la salud de no fumadores y el ente oficial demandado que prohíbe fumar en comercios acredita lo contrario y lo prueba con informes de sitios de Internet.

2. 2 Navegación por Internet como fuente de prueba: el CPP colombiano

El acceso a Internet es un fenómeno a nivel mundial al punto el CPP de Colombia LEY 906 del 31/08/2004 ha captado esos accesos como fuente de prueba, sitio que no lo hace exclusivo sino que prevé otros medios tecnológicos a los que el usuario pueda incursionar y que produzcan efectos equivalentes –Intranet, etc.- a fin de que el fiscal pueda recabar prueba de las informaciones que deje el “navegar.”

Como prueba de su interés en el tema, el rito de Colombia prevé también la aprehensión o secuestro de la computadora utilizada, y servidores incluidos los medios de almacenamiento físico de dicha información ordenando la devolución pronta de los equipos:

Artículo 236 CPP Colm. Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes. Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la

⁹ Carbone, Carlos A “Derecho Procesal Penal. Conflictos Modernos” Ed. Nova Tesis, Rosario 2006. Pero también la ciencia presenta el desafío previo para resolver los problemas de obtención de evidencias: se deben respetar las normas de procedimiento, no de cualquier modo.

¹⁰ PEYRANO, JORGE WALTER “SOBRE LA PRUEBA CIENTÍFICA” *La Ley* 03/05/ 2007

aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.

En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados.

Así en un caso se dado por sentado el daño que el fumar provoca a terceros. Si el demandado afirmó que el humo del tabaco en el ambiente puede afectar gravemente la salud de los no fumadores, y para fundar su aserto remitió a información que extrajo de sitios de Internet. Pero más allá de tales afirmaciones, no se han aportado a la causa pruebas concluyentes sobre el punto, la que, por lo demás, y tal como resaltó el a quo, podría exceder las posibilidades del marco procesal escogido. Fácil es advertir que se trata de una compleja prueba científica. Nada de novedoso hay en la existencia de cantidad de estudios emprendidos en el mundo que han tomado como núcleo de su investigación las consecuencias de la contaminación del aire que se respira, generada, entre otras tantas sustancias, por el humo del tabaco.

Pero lo cierto, en cuanto al caso interesa, es que no se ha aportado prueba alguna (por el actor que mediante amparo pretendió inconstitucionalizar la ley local 1799, en cuanto prohíben el consumo de cigarrillos en el ámbito de su comercio), que desvincule debidamente la contaminación producida por el cigarrillo de determinadas patologías. Tal orfandad probatoria conspira fuertemente contra la posición de la actora.¹¹

Pero en algunos casos, como veremos, donde se debaten cuestiones científicas, por ejemplo en asuntos de mala praxis médica, se ha acudido a la regla de las cargas dinámicas de la prueba la cual nos dice que en especiales casos no se aplica aquella carga estática, sino aún cuando el demandado nada ha afirmado asumirá la carga de la falta de la prueba si estaba en mejores condiciones que el actor para colectarla.

Y hemos encontrado un hilo conductor del acogimiento de esta carga dinámica en supuestos tan dispares como la mala praxis referida y demanda de filiación.

¹¹ Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo y Tributario de la ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fecha 21/03/2007 Amores Perros SS c/ Ciudad de Buenos Aires

Precisamente la prueba científica actúa como vital relevancia de dicha inversión.

3. Mala praxis médica

La regla en este tema no se aparta del tema general de la carga de la prueba

El principio aún rector en materia de responsabilidad médica es el de que incumbe a quien ha sufrido un daño acreditar la relación causal entre la actuación del médico y ese daño, y que el profesional actuó con impericia, imprudencia o negligencia¹²

Pero este principio general, en determinadas circunstancias y actitudes asumidas por el demandado puede cambiar y virar hacia el tema de las cargas probatorias dinámicas: aún con la mera negativa del médico deberá éste asumir el riesgo de falta de prueba cabal de la actora si estaba en mejores condiciones de conocer los hechos y aportar la prueba pertinente¹³

Si un profesional médico alega que actuó de un modo diligente y pretende que el juez recepte tal criterio, deberá colaborar con el órgano aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su no culpa, pues lo contrario, esto es una conducta pasiva en materia probatoria, constituye una violación a elementales principios de buena fe, que el juez no podrá dejar de valorar en el momento de dictar sentencia¹⁴Ello no es más que la denominada carga dinámica de la prueba, debe probar quien se encuentra en mejor situación para ello.

En estas cuestiones de alta complejidad técnica, caracteriza la actividad probatoria, la incidencia fundamental de la prueba científica y el rol casi excluyente, por su singular importancia y la natural gravitación que ejercen las pericias médicas a la hora en que debe decidirse el caso (esta Sala causa 54.275, 25-3-2004).

¹² *Cámara Nacional Civil, sala C11/11/1999 Arnedo de Camera, Marta v. Heinsius, Ricardo J. y otros s/daños y perjuicios*,

¹³ Carbone Carlos A “Antecedentes de Alemania y España Nuevos horizontes de cargas probatorias dinámicas.” JA N° especial junio 2003 pag. 40 y sgtes

¹⁴ ” (Ca. Nac. Civ. S D, 12-5-92, LL fallo n° 90.797, 15-10-92, S C, 31-8-93, LL fallo n° 91.881, 11-1-94).

Más allá de la carga dinámica de la prueba, resulta que el actor, como puntos de pericia médica no ofreció ninguno referido a la calidad de tratamiento que se brindó o habría podido brindar.¹⁵

Pero la doctrina de las caras dinámicas no puede ser un blasón para esgrimir con éxito en cualquier asunto de mala praxis médica sino porque el actor debe probar los hechos que están a su alcance sin mucha dificultad.

Así en un caso que cuestionaba el actor la falta de aparatos idóneos en la clínica donde murió su mujer embarazada ante el dictamen pericial que el deceso se produjo por cuestiones propias de la salud de la víctima, se imponía que hubiera pedido un aseguramiento de pruebas para tal hecho

Se falló que “si bien se ha probado que la clínica tenía vencido los plazos para continuar funcionando al momento de los hechos la parte actora no ha logrado demostrar ni siquiera por indicios que haya faltado instrumental adecuado en el servicio de terapia intensiva y que esa circunstancia haya incidido en la muerte de la causante. Si la **carga dinámica** podría llevar a pensar que el débito probatorio era mas exigible al nosocomio, no es menos cierto que una simple medida asegurativa mas o menos próxima al momento del hecho hubiera bastado para comprobarlo. Ello no es sobrexigencia para el actor, pues razonablemente debió prever que desde que ocurriera el hecho hasta la valoración de la prueba, las condiciones de equipamiento pudieron haber variado.”

Por tanto se concluyó que “asiste razón a la demandada cuando alega que se aplicaron todos los métodos científicos al alcance de los profesionales que la asistieron sin lograr superar las complicaciones que el estado previo les imponía, por lo que desde el punto de vista médico legal se trató de un cuadro evolutivo con las complicaciones que la bibliografía señala para los casos como estos, en donde la embarazada se presenta en muy mal estado general con antecedentes obstétricos graves”.¹⁶

4. Filiación y negativa a someterse a la prueba científica

¹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I Fecha 22.03.2007 in re Diaz, Oscar Reinaldo LLBA 2007, octubre, 1068

¹⁶ Cámara en lo Civil y Comercial Sala III San Salvador de Jujuy EXPTE. Nº: b-84289/2002 26/11/2007 in re “ ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: JORGE DAVID ANDRADA C/ I.M.I.S.S. S.A. y DAVID ALBERTO SALAZAR

En este tema la jurisprudencia ha dicho que “se debe reconocer la importante variación que la causa experimentó en esta Alzada, (se había rechazado la demanda por falta de pruebas y no se había ordenado la pericia de ADN) con el replanteo de la prueba de ADN y la fotografía agregada como hecho nuevo. Si bien la primera de ellas no llegó a producirse, el accionado fue citado en dos oportunidades y demostró un comportamiento esquivo que no permitió la concreción del examen. No medió justificación suficiente de su ausencia, por lo que resulta razonable concluir que la renuencia tiende a evitar la realización de la prueba que puede señalarlo como padre.

Ello es así por La índole del proceso de filiación justifica una visión solidarista de la carga probatoria, al estar en juego es el emplazamiento filial, por lo que existe un interés superior que debe protegerse, por lo cual no puede el presunto padre limitarse a impedir con su comportamiento esquivo la realización de la prueba biológica, lo cual genera una fuerte presunción de paternidad”.¹⁷

5 Carga dinámica y daño ambiental – principio precautorio – y derechos humanos

Este adelanto de la ciencia en la civilización a su vez se compadece con rápidos procedimientos procesales como las medidas autosatisfactivas y anticipatorias o interinales, cuando no amparos, contando con pruebas científicas muchas veces extrajudiciales.

No podía faltar esta vinculación entre ciencia, derecho ambiental y rápidos procedimientos.

Para que prevalezca la sanidad del medio ambiente, se acuñan instrumentos de la ciencia y se utilizado rápidos procedimientos para hacer cesar dicho daño sin esperar a la sentencia de mérito.

Ciencia y derecho se interrelacionan en este tema por cuanto todo lo que las ciencias naturales analizan respecto de múltiples factores ambientales en peligro como el efecto invernadero, variaciones de temperatura, niveles de los mares, contaminación de tecnologías masivas, etc. de nada serviría si estas investigaciones y comprobaciones no

¹⁷ Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santiago del Estero, 1ra. Nominación. 14/03/2008 LLNOA 2008 ,agosto, 688

resultaran transferidas al derecho de fondo para que los políticos que gobiernan dicten normas protectorias de la sanidad ambiental.¹⁸

El Artículo 41 de la CN es muestra elocuente de la importancia del tema al punto que declama: “ Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental Generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la Preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.”

En materia de contaminación y protección del ambiente, posibilitan una rápida respuesta jurisdiccional sin acudir a un proceso común, o sin esperar a la sentencia definitiva.

Morello ha delineado este paisaje interactuado entre prueba científica, rápidos procedimientos judiciales para cesar los daños en contra del ambiente sosteniendo que el armado de las presunciones y la oportuna inversión de la carga probatoria con mayor luminosidad, asimismo, de la importancia de las pruebas livianas, recortan el nuevo paisaje del proceso colectivo”¹⁹.

En orden de cosas, la prueba científica ha servido para que la jurisdicción actúe preventivamente, es decir, no se contente con resolver lo pedido, sino con imponer a la demanda otras conductas no pedidas para evitar daños y procesos futuros en un quehacer todavía inusual que Peyrano viene delineando como la Jurisdicción Preventiva.

La propia ley general del ambiente N^a 25.675 se refiere la prueba científica en materia de la degradación del medio ambiente estableciendo lo que llama principio precautorio por el cual la ausencia de certeza científica sobre el peligro de daño irreparable no debe paralizar la adopción de medidas eficaces para impedir se degrade el ambiente. Además se postula que esta materia se aplique la doctrina de las cargas probatorias dinámicas

¹⁸ Pigretti, Eduardo “Derecho Ambiental” Ed Desalma, Bs. As. 2000 pag. 63

¹⁹ Morello, Augusto Mario) "La tutela anticipatoria", Ed. Platense, 1996. LOS DAÑOS AL AMBIENTE Y EL DERECHO PROCESAL en JA 1997-I-274 nota fallo

para probar la inocuidad de la actividad sospechosa y por tanto que el titular de la misma demandado asuma el riesgo de la falta de prueba de la contaminación²⁰.

En tal sentido merece destacarse un reciente caso de amparo ambiental promoviendo la Dirección Provincial de Energía de Corrientes en su calidad de ente autárquico y como persona de Derecho Privado en los términos del Art. 1 de la Ley N° 3588 y empresa poseedora de los aparatos a los que se atribuye que contienen o hayan contenido PCB's, situados en la zona aledaña a los transformadores de esa ciudad, de conformidad al Art. 3° de la Ley 25.670 -Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCB's- tendiente a obtener por mandato judicial se hagan cesar inmediatamente los daños ambientales que los mismos vienen produciendo en dicha zona, que afectan la salud de sus habitantes y especialmente el daño causado a la familia del actor.

Se aplicó la carga dinámica en contra de la empresa ya que había en el expediente dos dictámenes periciales totalmente contrapuestos emanados del mismo ente con la consiguiente incertidumbre científica resaltando la calidad del medio ambiente como derecho humano.

“El que tenía la obligación de probar en el caso concreto que los aparatos en cuestión (transformadores) no poseían PCB's era la Dirección Provincial de Energía de Corrientes. Y ello teniendo en cuenta que en el caso se está protegiendo la vida, la salud y el mejoramiento de la calidad de la vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria (Art. 2 - Ley 25.675 General del Ambiente). Son derechos humanos esenciales, anteriores a la Constitución misma y que por lo tanto, es deber del Poder Judicial de la Nación -como parte integrante del sistema interamericano de los derechos humanos, conforme al Pacto de San José de Costa Rica, que tiene jerarquía superior a las leyes (Art. 75 inc. 22 de la C.N.)- su protección”²¹

En síntesis el principio parte de la base de que aunque no haya certeza científica de un efecto negativo sobre el medio ambiente, puesto que los análisis realizados en un mismo transformador de la DPEC [Dirección Provincial de Energía de Corrientes], tienen dos

²⁰ Peyrano, Jorge “particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos” Rev de Derecho procesal, Ed Rubinzal Culzoni, 2005-II pag. 328

²¹ Rodríguez, Carlos Aníbal, “Control de Convencionalidad de los derechos ambientales”, en Revista de Derecho Ambiental, n°28, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., Diciembre de 2.011, p.51 y sgts.).

dictámenes periciales totalmente distintos que nos permite inferir y dudar de los informes que dicho organismo suministra. Pero el solo peligro de que se pueda causar un daño grave o irreversible, es justificativo para que se tomen medidas que impliquen la aplicación de restricciones o prohibiciones a las actividades presumiblemente riesgosas en base a estudios científicos objetivos de evaluación preliminar, aun cuando en última instancia las medidas sean adoptadas sobre convicciones de razonabilidad, sin sustento científico suficiente (Zlata Drnas de Clément, "El Principio de precaución en materia ambiental nuevas tendencias" p.7 en, Humanismo Ambiental - terceras jornadas de reflexión- autores varios- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Soc. de Córdoba- Volumen XXVI, Córdoba - Rep. Argentina, 2001).-²²

6. Sistemas informáticos bancarios, cajeros automáticos (uso de dispositivo delictual pescador)

También la jurisprudencia registra casos interesantes en cuanto a la responsabilidad bancaria tanto por transferencias electrónicas como por delitos cometidos por terceros en los cajeros automáticos. se ha difundido entre nosotros casos de retención de tarjeta de débito con utilización de dispositivo "pescador" que permitió con un mecanismo electrónico inserto en la ranura del cajero automático, extracción fraudulenta de fondos por un tercero – desconocido-

Hay bancos que se niegan a reponer al cliente por lo menos el importe defraudado teniendo entonces que demandar el titular de la cuenta por daños y perjuicios a la entidad bancaria. en un proceso de este tenor se consagró que la misma tiene obligación de seguridad por deficiente prestación del servicio de cajero automático y aplicó el juzgador las cargas probatorias dinámicas ante la inexistencia de culpa de la víctima e incluso hizo lugar al daño moral.²³

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en otros casos por entenderse que se da entre cliente y banco una relación de consumo con soporte legal en la ley 24.240 y la

²² CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES - SALA IV – 22/06/2012 Expte. N° 2575/5 - "Cosimi María del Carmen c/Dirección Provincial de Energía de Corrientes s/acción de amparo ambiental"

²³ "Roux, Nicolas Jean c/Banco Santander Río S.A. s/ ordinario" - CNCOM - 28/08/2009 EL DIAL 30-10.09

ley 26.361, no dudando la justicia en distribuir en contra del banco la carga dinámica de la prueba ante la vulnerabilidad del cajero automático lo que hace consagrar la responsabilidad de la entidad bancaria. Pero como hubo negligencia culpable del consumidor por omisión de realizar la denuncia telefónica de los hechos de inmediato, el agravamiento del daño por esa tardanza mitiga la responsabilidad del banco por lo cual se rechazó el daño moral alegado por el cliente²⁴

La responsabilidad bancaria también se consagró en un caso por suministro del pin (código personal de identificación) a terceros con la “tarjeta moderban” que produjo la sustracción de fondos de caja de ahorro. se dijo también que había negligencia de la entidad bancaria por incumplimiento del deber de seguridad al establecerse la existencia de hechos similares que habían afectado a otros clientes con la consiguiente omisión de alertar oportunamente sobre la modalidad delictiva de la que fue víctima el cliente violando el banco la ley 24240 de defensa del consumidor. incluso de hizo lugar al daño moral²⁵.

6.1. Descuentos por débito automático

Hay veces que los acreedores se satisfacen por pagos parciales mediante descuentos mensuales de la cuenta sueldos que tienen los deudores en los bancos, y ante deudas reclaman ejecutivamente contra los deudores desconociendo esos pagos parciales porque no son documentos de cancelación firmados por el acreedor o porque el demandado no ha acreditado que esos descuentos no provengan del pago de otras obligaciones que tenían con el acreedor- Estos compartimientos no solo configuran abuso del derecho sino que merecen la consagración de las reglas de la carga dinámica puesto que si así fuera el actor es quien detenta toda la maquinaria probatoria para probar lo contrario.

La jurisprudencia relaciona el cambio de paradigma en esta materia a la hora de probar documentos señalando que fue flexibilizándose al compás de las profundas modificaciones experimentadas en el tráfico comercial y financiero, especialmente bancarias, en aras de mayor eficiencia y agilidad. Tales cambios, por cierto,

²⁴ 13676/2005 - "Zappettini Raul Martín c/ Banelco S.A. s/ Ordinario" - CNCOM - SALA D - 11/08/2009 EL DIAL 30-10.09

²⁵ 30.295/2004 - "Traverso María del Carmen c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario" - CNCOM - SALA E - 30/06/2008 EL DIAL 30-10.09

comprenden también las modalidades admitidas para acreditar la existencia y devenir de esas operaciones.

“En cuanto a la falta de concreta imputación alegada por el recurrente, cabe hacer aplicación aquí del principio de la **carga dinámica** de la prueba, en virtud del cual quien está en mejores condiciones de aportar elementos que diluciden los hechos controvertidos, debe hacerlo, contribuyendo así, con su actividad, a develar la verdad real que tiene por norte todo proceso judicial, aún el ejecutivo. Esa carga no es sino la recta aplicación, en el campo probatorio, del deber de colaboración, de lealtad y de buena fe que debe inspirar a los justiciables y a sus representantes. En relación a ello, y partiendo de tal premisa, resulta incuestionable que el Banco actor es quien tenía el manejo y resguardo de la documentación relacionada a la operatoria que lo vinculó al demandado y es, por tanto, quien estaba en condiciones de demostrar que los débitos que la propia institución practicara de las cuentas del demandado, tuvieron un destino distinto al denunciado por éste. No habiéndolo hecho, debe soportar las consecuencias de su omisión”²⁶

7. Controversias en nombres de dominio en Internet

No es inusual que alguien inscriba un nombre propio de cierta fama o razón comercial del mismo sentido sin ser titular no obstante le da los derechos de su primera inscripción y pretende repeler al titular real cuando intenta registrar dicho nombre real como dominio de Internet

No obstante que el demandado de cancelación de ese dominio no posea interés legítimo que se comprueba con la acreditación de la titularidad de la marca se sostiene que debe aplicarse la carga dinámica por haberse encontrado el demandado en una superioridad técnica y estar en mejores condiciones de probar el interés legítimo por haber anotado ese dominio antes que nadie.²⁷

8 Responsabilidad por productos elaborados defectuosos

²⁶ Superior Tribunal de Justicia Libro de Acuerdo: 48 N° Registro: 326 27/06/2005 Expte. N° 2636/04: “Recurso de Inconstitucionalidad expte. N° 7376/04 (Sala II Cámara de Apelaciones Civil y Comercial) Ejecutivo - Prepara Vía: Banco Macro S.A. C/ Flores, Rolando Jorge”.-

²⁷ Carbone, C “Cargas dinámicas..” op cit pag. 223.

Probado el daño y la relación de consumo por parte del actor con su nexo de causalidad se postula como carga dinámica la prueba de la ausencia del defecto del producto que quedaría en cabeza del responsable del mismo²⁸

9 Sobrefacturación de consumo telefónico

Los consumos de los pulsos telefónicos por parte de los usuarios deviene de una prueba técnica resultante de los registros de ésta y los aparatos consiguientes que este maneja aunque los teléfonos estén el domicilio del usuario.

Ante el desconocimiento del usuario de cifras inusuales en su consumo también se postula y así se resolvió que la prueba de la acreditación fehaciente de ese consumo anormal corresponde a la empresa que es quien tiene los elementos técnicos necesarios probar la realidad de ese consumo²⁹ por cuanto el usuario no tiene los medios necesarios para probar la sobrefacturación.-³⁰

10 Carga dinámica en el rito colombiano por razones técnicas. Desacuerdo del instituto legislado

Dejamos para el final del tópico la consideración del nuevo Código general del Proceso de Colombia sancionado mediante la ley 1564 del 12 de julio de 2012, que empezó a regir el 1 de enero de 2013, salvo algunas disposiciones que rigen desde ya.

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término

²⁸ Ibidem

²⁹ Ibidem

³⁰ Juz 1ª Inst. CCFed N8 Secr 15, del 14.02.02 in re Llorente Cristóbal, www.eldial.com. 7-9-02

necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.”

Destacamos la introducción de este moderno instituto probatorio de gran repercusión en la prueba científica al atribuir la carga de la prueba a quien esté en mejores condiciones de probar aportando las evidencias necesarias para esclarecer los hechos controvertidos.

Y que entre estas mejores condiciones probatorias se destaque la cercanía del material probatorio por circunstancias técnicas especiales, puerta de entrada para numerosos casos de prueba científica entre los cuales hemos anotados algunos en el punto anterior.

Lo que es inadmisibles por ser el instituto de la carga de la prueba un supuesto de valoración que únicamente el juez puede hacer en la sentencia y operable, es decir funcional solo en el supuesto que no haya prueba de algún hecho controvertido de especial consideración para resolver el pleito.

Por eso no compartimos que oficiosamente el juez y menos aún una parte puede pedir la aplicación de la carga dinámica a la otra “al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar..”

Es un error pensar que la aplicación de las cargas probatorias dinámicas puede hacer caer a la parte perjudicada en indefensión porque pensaba en la regla general de la carga estática.

Nada más desacertado puesto que el profesional y la parte deben honrar la buena fe; si tienen las pruebas acompañarlas, y no esperar alguna imposibilidad del contrario.

Menos aún puede pensarse en un estado de indefensión cuando lo que se exige al profesional es un adecuado manejo de la jurisprudencia que se viene reiterando en los casos que excepcionalmente se acude a las cargas dinámicas.

Y más aún, que se prevea un régimen recursivo luego que sustancie a “ la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.”

Será un cuento de nunca acabar, pero basado en un comienzo que nunca tuvo que tener.