

LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS, HOY

por Jorge W. Peyrano

Ya hace un tiempo, se afirmó, que la doctrina que nos ocupa implicaba un verdadero cambio de paradigma (1). Se nos antojó un poco desproporcionada tal aseveración, pero resulta ser que el transcurso de los años parece darle la razón a quienes así opinaban.

Es que más allá que se trata de una doctrina que se “derramó” por sobre todo el espectro jurídico nacional -Laboral, de Derecho de Familia y hasta en terreno penal- (2) y de que ha tenido fuerte recibimiento internacional (España, Brasil, Colombia), vino a constituir una suerte de preludio para la flexibilización que tanto necesitaba el proceso civil argentino. Efectivamente y si bien se mira, se repara en que las cargas probatorias dinámicas encierran una flexibilización de las reglas ortodoxas de distribución de la carga probatoria; aceptando así la validez de apartamientos excepcionales de las susodichas reglas clásicas que diseñara Chiovenda y que luego fueron mejoradas por Rosenberg. Precisamente, la teoría en estudio procura respetar las diferencias y de algún modo privilegiar la consagración de un Derecho flexible (como quería Carbonnier) o dúctil (3). Ferrajoli permanentemente predica sobre la necesidad de respetar las diferencias y la conveniencia de no permanecer indiferente frente a lo distinto, vale decir acerca de lo impostergable de un hacer algo en pos del referido respeto (4). Conocido es que al filósofo francés, de raíces estructuralistas Gilles Deleuze -autor, junto a otros muchos libros, de “Diferencia y repetición” (1968)- se lo reconoce como el pensador de la “diferencia”. Básicamente, sus enseñanzas pretenden que la “repetición”, el canon, el orden establecido, contribuyen a construir “codificaciones” que posibilitan su más sencillo consumo por los usuarios del sistema de que se trate. Claro está que ello presenta la desventaja de la “cristalización” de los conocimientos y la palmaria dificultad resultante por abrirse a lo nuevo y diferente.

La referida flexibilización procesal no se limitó al ámbito probatorio. Así, por ejemplo, también puede subrayarse la triunfante en materia de principios procesales, que, acertadamente, reseña Berizonce: “Los principios procesales sufren, por ende, significativas mutaciones derivándose en general una pronunciada atenuación o flexibilización del principio dispositivo y en paralelo, el reforzamiento de los deberes de cooperación y buena fe a cargo de las partes, el acentuamiento de la celeridad y economía procesal, la flexibilización de la preclusión y de la congruencia, condiciones todas ellas necesarias para el dictado de una sentencia justa sustentada en la realidad litigiosa, en el marco de una justicia de resultados. Las reglas procesales estampadas en el Código no pueden ser leídas en clave de su sola y dogmática textualidad, sino, antes bien, en función de tales valores y principios, que se resumen y compendian en los

contenidos, antes referidos, de la tutela judicial efectiva. El juez no se limita ya, simplemente, a actuar la voluntad de la ley, sino que su misión en la interpretación y aplicación de la normativa procesal reside más bien en tornar efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, en el marco, naturalmente, de la observancia de las garantías del proceso -contradictorio, publicidad, fundamentación suficiente del decisorio, razonabilidad, consistencia” (5). Especialmente, merece ser destacada la atención que despierta en la actualidad la flexibilización de la congruencia en sede civil. Sobre el punto se ha expresado, con razón, que “el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de la Nación” (6). No puede extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia debe ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso (7).

En consonancia con el posmodernismo procesal dominante al que le repugnan las ideas absolutas (8), la flexibilización de muchos dogmas procesales hoy es moneda corriente. Algunos autores han sido sacados de su “zona de confort”, acostumbrados como estaban a manejarse con un canon que no admitía tercerías.

Como fuere y volviendo al tema central, lo cierto es que las cargas probatorias dinámicas -cuya mejor descripción (9) fue obtenida durante el curso del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Termas de Río Hondo 1993)- salvedad hecha de su regulación en algunos códigos procesales civiles provinciales (10), todavía es resistida por un sector minoritario, reaccionario y poco propenso a incorporar novedades. Empero, he aquí que han irrumpido en el panorama jurídico nacional los artículos 710 (11) y 1735 (12) del Código Civil y Comercial que le han impreso el crisma de la legalidad. Señalamos que este último, ubicado en el terreno de la regulación de la responsabilidad civil, mientras que el artículo 710 se encuentra emplazado en el ámbito del Derecho de Familia no nos satisface plenamente, sí el primero en posición que compartimos con la distinguida civilista Matilde Zavala de González (13). Pensamos que no es acertado incluir como facultad judicial que se podría hacer saber a una de las partes que deberá soportar el mayor esfuerzo probatorio. Varias razones nos han persuadido en tal sentido: a) nos preguntamos acerca de cuándo debe producirse tal comunicación y respecto, también, de cómo será el formato de ella (una audiencia, por ejemplo). Se nos podría decir que la audiencia preliminar del artículo 360 CPN (y de normas análogas existentes en algunos códigos procesales civiles y comerciales provinciales) sería una buena ocasión, pero sucede que el C.P.N. (que de nacional tiene únicamente el nombre) y muchas provincias argentinas no han incorporado a la figura de la audiencia preliminar.

Conforme el tenor del artículo 1735, parecería que la realización de dicha comunicación debería ser anterior a que se produzca la prueba porque de lo contrario no tendría explicación el contenido de su último párrafo. Acontece que en dicha oportunidad, muy difícilmente el juez podrá estar en condiciones de valorar cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones para probar, salvo la concurrencia de hipótesis de casos muy *standars* cual sería el supuesto de una pretensión resarcitoria de una mala praxis médica quirúrgica. Empero, son plurales los casos imaginables de reclamos en materia de responsabilidad civil que no son susceptibles de un sencillo juicio “a priori” acerca de a quién le incumbe el peso probatorio; b) de seguro, la comunicación que enjuicamos deberá concretarse en una resolución judicial que, muy posiblemente, sea objeto de impugnaciones de toda laya (tachas de prejuizamiento; cuestionamientos acerca de si realmente la parte sindicada está en mejores condiciones de probar, etc.), que favorecerán a litigantes maliciosos en su afán de entorpecer la marcha de los procedimientos. Y además, debe destacarse que está por verse si la trascendencia de una resolución que influye sobre el *onus probandi* no legitima, inclusive, su apelabilidad, con los consiguientes trastornos por ello acarrearía para la tramitación de la causa; c) le preguntamos al lector acerca de si hoy un letrado puede considerarse sorprendido por el hecho de que a su defendido, a quien se le imputa una mala praxis, se le haya aplicado la Doctrina de las cargas probatorias dinámicas (14). Sin embargo, cabe reconocer que un sector de la doctrina se inclina por consagrar el deber funcional del magistrado de alertar a las partes acerca de que aplicará la referida doctrina (15), aunque otro discrepa respecto de dicha visión de las cosas (16). Por nuestra parte, siempre nos hemos pronunciado de manera desfavorable respecto de la práctica del aviso en cuestión (17). Como fuere, lo cierto es que el texto del artículo 1735 del Código Civil y Comercial ha impuesto el “alerta” de referencia. Empero, resulta ser que su texto definitivo ha mejorado un poco las cosas al conceder prudencialmente al juez la facultad (y no imponerle el deber) y si lo considera pertinente, de llevar a cabo la comunicación examinada. Pasando ahora a la observación del artículo 710 del Código Civil y Comercial de la Nación (18) -incluido dentro de la regulación del proceso de familia- se advierte una actitud distinta frente a la doctrina que nos ocupa puesto que se limita a incorporarla sin adicionar el malhadado aviso arriba estudiado. Llama la atención la diferencia existente en el punto entre el artículo 710 y el 1735 del Nuevo Código de Fondo. Quizás ello obedezca a que dichos textos provengan de autores intelectuales distintos e, indudablemente a quien redactara el segundo quizás se le haya escapado sopesar las complicaciones procedimentales que podría traer aparejada su aplicación.

Como fuere, debe aplaudirse el esfuerzo hecho por el codificador al recibir una doctrina que es un campo de Agramante donde debaten encarnizadamente las dos corrientes de pensamiento que existen en el seno del proceso civil argentino: el activismo

judicial y el garantismo procesal (19). Y lo hizo, eligiendo -sin dejar lugar a dudas- al activismo judicial .

En realidad, todo el Código Civil y Comercial constituye una muestra de fe en el activismo judicial y en la capacidad de los jueces para encontrar soluciones razonables y así ponderar los valores en juego y no limitarse a subsumir automáticamente los hechos litigiosos en normas legales infraconstitucionales. Ponderar es también aceptar lo diferente y tenerlo en cuenta y así no aplicar ciegamente reglas de reparto probatorio pensadas para casos corrientes y no para hipótesis excepcionales de gran dificultad probatoria para la parte sobre la que, en principio, recaería la carga de la prueba. Cabe aclarar que el desplazamiento probatorio es inaplicable cuando la prueba es posible de producir por quien alega el hecho. La circunstancia de que el demandado pueda probarlo con mayor facilidad no exime al actor de la prueba. Si no hay auténtica inferioridad, algunos inconvenientes insuperables para el pretensor no lo alivian de la carga probatoria, sólo porque a la otra parte le resulte más sencillo demostrar los extremos debatidos (20).

De todos modos y pasados los entusiasmos iniciales, se comenzaron a ver las cosas con más claridad y así se discernió que, en modo alguno, las cargas probatorias dinámicas importan una inversión total de la carga probatoria ya que su campo de acción abarca, en principio, sólo a la prueba de la culpa (21).

Igualmente se distingue a la teoría que nos ocupa de otra cual es la de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes (22). Esta última importa una exigencia probatoria mayor que se coloca en cabeza del imputado como victimario de un acto discriminatorio, mientras que la carga probatoria dinámica involucra un desplazamiento de la carga probatoria pero no acentúa el esfuerzo demostrativo de los litigantes. En la primera, 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 empinado nivel jurisdiccional (23), se hizo aplicación del mecanismo que venimos exponiendo. En la especie, se trataba de un despido laboral imputado de discriminatorio resuelto -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 del 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” (24).

La “larga marcha” emprendida por la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (25) que tuviera su espaldarazo científico en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal y por *leading case* institucional el caso Pinheiro (26), ha merecido la “llegada” que conlleva a la sanción del Código Civil y Comercial y la incorporación expresa y rotunda de ella. Pronosticamos que al calor brindado por el codificador civil todavía puede esperarse más de la recién llegada. El paso del tiempo dirá.

- NOTAS-

- (1) RAMBALDO, Juan Alberto, “Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico” en “Cargas probatorias dinámicas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2004, Editorial Rubinzal Culzoni, página 25 y siguientes.
- (2) ACOSTA, Daniel, “Cargas probatorias dinámicas y proceso penal”, en *ibidem*.
- (3) ZAGREBELSKY, Gustavo, “El derecho dúctil”, traducción de Marina Gascón, Madrid 1997, Editorial Trotta, *passim*.
- (4) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Madrid 1998, Editorial Librería Jurídica Valerio Abeledo, *passim*.
- (5) BERIZONCE, Roberto, “El principio de legalidad bajo el prisma constitucional”, en *La Ley*, boletín del 5 de octubre de 2011.
- (6) MORELLO, Augusto y Gabriel STIGLITZ, “Función preventiva del derecho de Daños” en *Jurisprudencia Argentina* 1988, III.
- (7) DE LOS SANTOS, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, en *Jurisprudencia Argentina* 2011-757.
- (8) PEYRANO, Jorge W., “El Derecho Procesal posmoderno” en “Procedimiento Civil y Comercial” Rosario 1991, Editorial Juris, Tomo 1, página 3: “Las ideas

rígidas y excluyentes ya no disfrutaban de buen cartel y ello redundaba en que se procure, por todas las vías, armonizar los sistemas aparentemente antagónicos, más que buscar el triunfo de unos sobre otros”

(9) “Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquella produzca consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio”.

(10) La Pampa, Corrientes, Santiago del Estero, San Juan.

(11) Artículo 710 del Código Civil y Comercial de la Nación. “Principios relativos a la prueba. 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.

(12) Artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación. Facultades judiciales. No obstante, 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. 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.

(13) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA, “Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil”, en Semanario Jurídico N° 1995 del 12 de marzo de 2015.

(14) PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en “Cargas probatorias dinámicas”, página 90.

(15) ARAZI, Roland, “Cargas probatorias dinámicas”, en La Ley 2011-D, página 1047.

(16) BERIZONCE, Roberto, “Cargas probatorias dinámicas”, en La Ley 2011-D, página 1047.

- (17) PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, página 96.
- (18) Ver nota nº 11.
- (19) Vide “Activismo y garantismo procesal”, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2009.
- (20) ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde y Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA, *vide ob cit.*
- (21) PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, página 95.
- (22) PEYRANO, Jorge W, “Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes”, en La Ley 2011-F página 624 y siguientes.
- (23) 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”.
- (24) Vide precedente citado en nota anterior.
- (25) PEYRANO, Jorge W. y Julio O.CHIAPPINI, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en El Derecho, Tomo 107, página 1005.
- (26) Conf Resolución de la CSJN de fecha 10-12-97, dictada en “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario” publicado en Revista de Derecho Procesal Nº 3, Rubinzal Culzoni”