



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**La carga dinámica de la prueba a la luz de artículo 1735 del Código Civil y Comercial
de la Nación**

Autor: Juan Manuel Porta

Legajo: 24227

Mentor: Amós A. Grajales

Buenos Aires, 29 de julio de 2017.



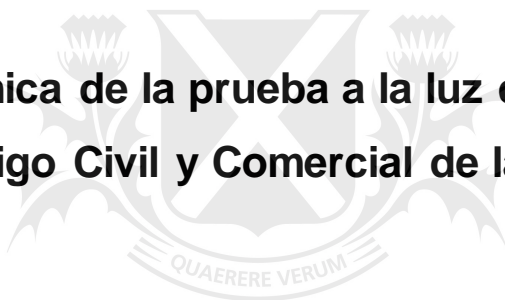
Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**La carga dinámica de la prueba a la luz de artículo 1735
del Código Civil y Comercial de la Nación**



Universidad de
Alumno: Juan Manuel Porta
San Andrés

Legajo 24227

Mentor: Amós A. Grajales

Buenos Aires, 29 de Julio de 2016

INDICE

I.	Cuestiones preliminares	4
II.	La carga de la prueba.....	8
	A. La prueba.....	8
	B. La carga de la prueba (onus probandi) en el derecho argentino.	8
	C. La carga de la prueba según Bentham.	9
	D. Derecho comparado.....	10
	E. Distinción entre carga objetiva y subjetiva (derecho alemán).....	12
	F. El modelo brasilero.	13
III.	La carga dinámica de la prueba.....	15
	A. Jurisprudencia argentina.	15
	B. Defensa en juicio y presunciones.	19
	C. Comunicación.....	21
	D. Críticas.....	22
IV.	Análisis del artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación.....	24
	A. Principio General.....	24
	B. Excepcionalidad y facultad del juez: alcance de la norma.....	24
	C. Comunicación y defensa en juicio.....	25
	D. Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.....	27
V.	Reflexiones finales.	30
VI.	Bibliografía.....	32

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.

ARTICULO 1735.- 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.

I. Cuestiones preliminares

El artículo 1735 de Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) incorporó, para la prueba de la culpa como factor de atribución, el instituto de la carga dinámica de la prueba. Esto faculta al juez para que asigne la carga de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Consecuentemente, esto implica un giro en el Derecho Procesal, en especial, respecto de lo que dice el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La flexibilización del concepto de carga de la prueba en el derecho argentino trae consigo aceptación, controversia, y asimismo interrogantes.

El propósito de este trabajo podría dividirse en dos partes; por un lado, el estudio del concepto de carga dinámica de la prueba o carga probatoria dinámica, y, por otro, el análisis de dicho instituto a la luz del artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación. Para ello, es necesario realizar algunas aclaraciones respecto de las circunstancias que envuelven la incorporación de la carga dinámica de la prueba a un Código de fondo cuando, en realidad, parecería tratarse de una norma de Derecho Procesal. Una vez esclarecida la cuestión, será posible dedicarle tiempo, espacio, y recursos a las cuestiones inherentes al objeto de estudio y análisis que aquí se ha propuesto.

Para comenzar, cabe aclarar que el nuevísimo CCyCN trajo consigo un cambio de paradigma en su totalidad. Cuando digo cambio de paradigma me refiero a las palabras de Peyrano cuando señala que “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”¹. Considerando que el activismo judicial, al que se refiere, es la contracara del garantismo procesal, es axiomático admitir que estamos ante el enfrentamiento de dos escuelas esencialmente antagónicas que disputan entre sí distintas formas de llevar a cabo el proceso civil.

El garantismo procesal, por su parte, según Alvarado Velloso, celebra la aplicación efectiva de las normas y principios procesales.² Además, desde su óptica, el juez debe ser una autoridad imparcial llamada únicamente para juzgar, salvaguardando los

¹ Peyrano, Jorge W. (2016) *Las cargas probatorias dinámicas, hoy*. Publicado en RCCyC. La Ley Online.

² Alvarado Velloso, A. (2010) *El garantismo procesal*. La Ley Online.

derechos fundamentales que establece la constitución. En cambio, el activismo judicial contempla a los jueces con un rol protagónico, correspondiente a la “averiguación” de los hechos, como dice Morello, con el fin de acceder a la verdad objetiva, sin menoscabo de la defensa en juicio³. Por lo tanto, cabe diferenciar a ambas corrientes de pensamiento fundamentalmente en el rol que tiene el juez durante el proceso, ya sea de espectador imparcial o de intervención protagónica. A los fines de este trabajo, sirve realizar dicha distinción para entender que la teoría de la carga dinámica de la prueba proviene de una rama de pensamiento relacionada al activismo judicial.

El primer punto de choque del garantismo procesal y la norma de carga dinámica de la prueba en el CCyC debería ser, por deducción lógica, la discusión relativa al “control de constitucionalidad” de una norma procesal incorporada a un Código de fondo. A mi parecer, la única manera viable de cerrar dicha discusión perpetua es evitar su comienzo. Por ello es que considero que la incorporación de la “carga dinámica de la prueba” no genera una norma de carácter procesal, sino que se refiere a un concepto que emana de directivas constitucionales y principios básicos, como la justicia sustancial, igualdad defensiva y verdad⁴. En todo caso, pues, el artículo 1735 es producto de la constitucionalización del derecho privado, pero de ninguna manera sería esto la procesalización del mismo. Por ende, no creo que la línea de pensamiento del garantismo procesal sea tan impenetrable como para obstruir la constitucionalización del Derecho Privado.

Descartada la fingida discusión entre el activismo judicial y el garantismo procesal, cabe aún aclarar que la constitucionalización no es un fenómeno excepcional del Derecho Privado, sino que es, asimismo, es un fenómeno ocurrente en el Derecho Procesal, siendo la carga dinámica de la prueba uno de sus mayores exponentes. Por ejemplo, respecto de esto, Morello sabiamente decía, “entre nosotros se asiste a la constitucionalización del proceso lo que implica que también se perfecciona el derecho de probar reforzando la garantía de la defensa, del proceso justo, pues él involucra – principalmente – defenderse probando (...) La síntesis va alumbrando un modelo que, en un nuevo punto de equilibrio, balancea el rol activo del juez más la colaboración de las partes”⁵. Es importante subrayar la relevancia de la palabra equilibrio en esta

³ Morello, A. M. (1998) *Estudios de Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 110-111

⁴ Zavala de Gonzalez, M. M. (13/03/2013) *Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil. Aplicación en el Proyecto de Código*. La Ley Online.

⁵ Morello, A. M. (1998) *Estudios de Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 101

definición para que, de tal manera, no se entienda la constitucionalización del Derecho Procesal como la desarticulación del mismo, sino como la flexibilización de ciertos principios con el afán de que el proceso sea verdaderamente justo y que la sentencia sea una real aproximación a la verdad material del caso que engloba. Berizonce, respecto de esto, dice lo siguiente con dominante precisión:

“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 tomar 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-”⁶.

Berizonce, agrega a esta cuestión un factor importante: la tutela judicial efectiva, que consiste, de hecho, en i) el libre acceso a la justicia; ii) el derecho a obtener una sentencia de fondo que sea razonable y fundada, en tiempo razonable, y iii) que asimismo dicha sentencia se cumpla⁷. En lo que atañe al objeto de este trabajo, advierto que la regla actual de la carga de la prueba administra un fracaso y posibilita el dictado de una resolución judicial que no será indefectiblemente justa”⁸. Es por eso que digo: el cambio de paradigma no es una casualidad, sino una causalidad emergente de la necesidad de que el Derecho y los jueces se encuentren comprometidos con el pronunciamiento de sentencias justas. Sin dudas, es por ello que el artículo 3 CCyCN dice que la decisión del juez debe ser “razonablemente fundada”. Además, el artículo 2 CCyCN clarifica las pautas de interpretación de la ley, para que, en la interpretación se tengan en cuenta no sólo las palabras de la ley, sino también “sus finalidades, las leyes

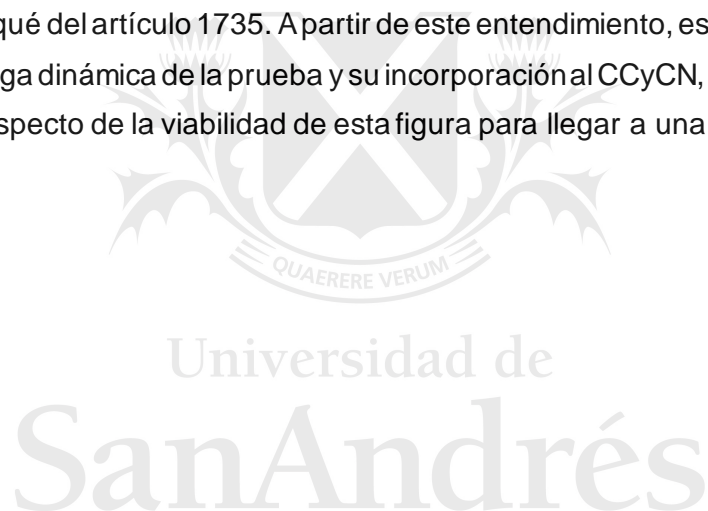
⁶ Berizonce, R. (2011) *El principio de legalidad bajo el prisma constitucional*. La Ley Online.

⁷ Grillo, I. I. M. (2004) *El Derecho a la tutela judicial efectiva*. Sistema Argentino de Información Jurídica. Sitio web: <http://www.saij.gob.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-40fcanirtcod>

⁸ Peyrano, J. W. (2013) *La carga de la prueba*. La ley Online.

análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. La distribución del onus de la prueba es una cuestión constitucional de acceso a la justicia⁹ y, en definitiva, de que la sentencia sea razonable y justa. Respecto de esta cuestión de la tutela judicial efectiva, además de lo expuesto, Morello la resume célebremente apuntando a que, con previsión y seguridad, se permita, respecto a la “verdad del hecho” de la sentencia, por motivación suficiente e idónea, exigencia medular de un fallo conforme a la garantía de la Ley Fundamental.¹⁰

Los lineamientos previamente expuestos tienen la mera funcionalidad entender el marco y la realidad en la cual se sancionó el Código Civil y Comercial, sumada la necesidad inminente de modernizar el Derecho Procesal, acoplándolo a los mandatos que emanan de la Constitución Nacional. No se trata de una posición ideológica, sino de entender el sostén y los orígenes de la carga dinámica de la prueba o más bien entender el porqué del artículo 1735. A partir de este entendimiento, es posible proceder a estudiar la carga dinámica de la prueba y su incorporación al CCyCN, para luego tomar una posición respecto de la viabilidad de esta figura para llegar a una sentencia justa.



⁹ Renault Godinho, R. (2007) A distribuicao do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais en Revista Juridica do Ministerio Publico do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 387-390

¹⁰ Morello, A. M. (1998) *Estudios de Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 112

II. La carga de la prueba.

A. La prueba.

“La prueba vivifica el Derecho y es al alma del proceso”¹¹.

Para hablar de carga dinámica de la prueba es fundamental primero explayarse sobre la carga de la prueba, en sí, y su evolución. De tal manera, entendiendo dicho concepto y el cambio de paradigma descrito en el capítulo anterior, resultará más fácil dibujar el camino que nos lleve hacia al análisis inherente al artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el inicio del proceso las partes afirman sucesos sujetos ser probados. Siguiendo la línea de pensamiento que propone Falcón, las partes afirman hechos alegados, por ende, dichas afirmaciones pasarían a ser hechos probados, en definitiva, cuando efectivamente se prueban. Ahora bien, ¿qué es probar un hecho? Una aproximación del concepto podría ser que “la prueba es la demostración en juicio de la ocurrencia de un suceso”¹². Taruffo, por su parte, va un paso más allá respecto del concepto y define la función principal de la prueba que es, de hecho, ofrecer al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en el litigio¹³. Debemos preguntarnos, entonces, qué ocurre si no se le ofrece al juzgador información fiable para que pueda dictar sentencia. A mi parecer, esta cuestión tiene que ver con el principio *iura novit curia*. Considerando que el juez es el conocedor del Derecho, siendo este su mayor conocimiento técnico para la toma de decisiones, sería imposible que tome una decisión ante la inexistencia de hechos aplicables a tal Derecho. Es frente a este escenario que entra en juego el sistema de carga de la prueba, posibilitando al juez civil para que se pronuncie respecto del mérito del debate y, al mismo tiempo, imposibilitándolo de liberarse de proporcionar certeza jurídica a los litigantes mediante la emisión de un *non liquet*¹⁴.

B. La carga de la prueba (*onus probandi*) en el derecho argentino.

Por ahora me limito a explicar que tiene la carga de la prueba la parte que está obligada a probar determinado hecho. Sería un error irreparable proceder a hablar sobre este principio jurídico, ignorando la redacción del artículo 377 CPCCN:

¹¹ Morello, A. M. (1998) *Estudios de Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 101

¹² Falcón, E. M. (2005) *Cómo se ofrece y se produce la prueba*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 4-14

¹³ Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 131

¹⁴ Peyrano, J. W. (2013) *La carga de la prueba*. La ley Online.

“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.

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”¹⁵.

A los fines de este trabajo, voy a ignorar el último párrafo del artículo y, en cambio, concentrarme sobre los dos primeros. La primera parte de la norma nos habla sobre la “parte que afirme la existencia de un hecho controvertido”. Es en base a esta redacción, en Argentina se ha utilizado el criterio de que la parte actora es quien tiene la carga de la prueba, por ser ésta la que afirma la existencia de un hecho controvertido. Entonces, siguiendo el razonamiento del artículo 377 CPCCN, cuando las partes ofrecen la prueba, la parte actora lo hace en virtud de su pretensión, mientras que la parte demandada lo hace en virtud de su defensa o excepción. En este sentido, el Derecho argentino tiene el *onus probandi* expresamente establecido por ley. No sirve de nada buscar, en este artículo, la existencia de la carga probatoria dinámica, porque, como ya fue expresado anteriormente, no es éste un instituto surgente del Código Procesal, sino que emana principios constitucionales.

C. La carga de la prueba según Bentham.

Más allá de lo que diga el Derecho local, la doctrina general e internacional acerca de la carga de la prueba es mucho más amplia que lo establecido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Hace más de 100 años, Bentham en su *Tratado de la prueba* ha desafiado la visión plasmada en la actual legislación argentina:

“Se dirá quizá que a la parte que principia el proceso y hace la instancia es a quien toca probar la verdad de su alegato. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que en apariencia es muy plausible. Por muy plausible que se le considere, la experiencia ha demostrado que cuanto más se ha querido seguirlo, más lejos se ha ido del fin apetecido, y se han originado más dilaciones, vejaciones y gastos. Este aforismo ha creado, en una palabra, más dificultades que las que ha servido para resolver”¹⁶.

En esta oportunidad, Bentham expresa que cuando la carga de la prueba recae sobre quien alega el hecho controvertido –lo que sería equivalente al modelo argentino–

¹⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Infoleg:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>

¹⁶ Bentham, J. (1847) *Tratado de las pruebas judiciales*. Madrid: Digitalizado por Google.

ha creado más dificultades que soluciones. Aparentemente, el racional por detrás de su conclusión yace en el principio de economía procesal, considerando que el autor hace referencia a la generación de dilaciones, vejaciones y gastos. El principio de economía procesal, según Palacio, es comprensivo de todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él¹⁷. Sin que sea imperioso aún mencionar la carga probatoria dinámica, aquí se nos presenta la tutela judicial efectiva como la finalidad esencial del proceso. Por ende, sería correcto inducir que la carga de la prueba debe distribuirse de manera tal que busque garantizar la tutela judicial efectiva, ponderado el equilibrio entre la celeridad del proceso y la una sentencia que sea justa y razonable. Tal es así la conclusión de Bentham: “La obligación de probar debe imponerse en cada caso particular a aquella de las partes que puede cumplirla con menos inconvenientes, esto es, con menos dilaciones, vejaciones y gastos”¹⁸. Es través de esta percepción de carga de la prueba que podría llegarse, o por lo menos aproximarse, a un proceso civil eficiente. Esto se debe a que la teoría de Bentham propone que la carga de la prueba corresponde a la parte, que según en el caso, pueda cumplirla minimizando los costos procesales e inclinando la sentencia hacia la protección de los derechos comprometidos en el proceso.

D. Derecho comparado.

Taruffo se encarga de hacer un análisis de la carga de la prueba tanto en legislaciones del *civil law*, como en las del *common law*. No obstante las diferencias que puedan versar, para el autor hay un criterio general y sobre esto dice que “las normas acerca de la carga de la prueba adjudican las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de los hechos principales. El criterio general para esta asignación es que cada parte cargará con los efectos negativos que se derivan de no haber probado los hechos sobre los que fundó sus pretensiones”¹⁹. El mismo criterio parecería seguir Goldschmidt al determinar que la perspectiva de una sentencia desfavorable depende siempre de la omisión de un acto procesal, razón por la cual, y a fin de evitar el perjuicio que ello importa, incumbe a las partes el cumplimiento de una *carga procesal*²⁰. Si bien los trataré con más detalle cuando hable sobre la carga probatoria dinámica, me permito

¹⁷ Palacio, L. E. (2011) *Manuel de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot. p. 59

¹⁸ Bentham, J. (1847) *Tratado de las pruebas judiciales*. Madrid: Digitalizado por Google.

¹⁹ Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 147

²⁰ Palacio, L. E. (2011) *Manuel de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot. p. 49

a destacar dos puntos relevantes en relación a estas definiciones: 1) el efecto negativo de no probar; y 2) la carga de la prueba no la tiene una de las partes, sino las partes, es decir, ambas. Acorde a estos puntos es que las legislaciones a lo largo del mundo tienen la necesidad de crear principios generales de carga de la prueba que son sumamente importantes, aunque no exhaustivos, para el funcionamiento de los sistemas de Derecho Procesal.

Argentina, inclusive, tiene como principio general la carga de la prueba no sólo sobre la pretensión, sino también respecto su defensa o excepción. De manera similar, el artículo 2697 del Código Civil italiano establece que la parte demandante tiene la carga de probar los hechos que sustentan su demanda, y si la otra parte objeta la ineficacia de esos hechos o que el derecho reclamado ha sido modificado o extinguido, ésta tiene la carga de probar los hechos que sustentan su defensa²¹. Este artículo, se encuentra en el Libro Sexto del Código Civil que se llama, vaya la redundancia, “De la tutela de los derechos”. Aprovecho, entonces, la oportunidad para reiterar que la cuestión que aquí nos trae es la de la tutela de los derechos y no la disputa formalista entre normas de derecho fondo y derecho procesal. Por su parte, en Francia, el artículo 9 del Código Procesal Civil establece que las partes tienen la carga de probar los hechos necesarios para mostrar que sus pretensiones están bien fundadas²²; en cambio, el artículo 1.315 del Código Civil francés, en principio referido sólo a las obligaciones monetarias, se interpreta como una regla general que establece que el demandante debe probar la base de su reclamación y el demandado debe probar la base de su defensa²³.

El *Common law* se maneja con matices distintos, sin un principio general establecido en relación a la carga de la prueba, según Taruffo. Los tribunales ingleses parecen aplicar un sistema parecido al del *civil law* en el que el demandante debe probar los hechos que sustentan su pretensión, al margen de algunas disposiciones legales especiales. En cambio, “en Estados Unidos no parece aplicarse ningún criterio uniforme y general. Por un lado, cada tipo de pretensión y defensa tiene sus propias reglas específicas. Por el otro, los tribunales suelen asignar la carga de la prueba caso a caso de forma discrecional, algunas veces situando la carga en la parte que tiene un acceso

²¹ Código Civil italiano: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html

²² Código Civil francés: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1975/13787/version/3/.../Code_45.pdf

²³ Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 147

más fácil a las pruebas, y otras, tomando en consideración los intereses sustantivos de las partes y criterios de equidad”²⁴.

Esta distinción entre los distintos sistemas demuestra que no existe una única y correcta forma de distribuir la carga de la prueba. Sin embargo, queda claro cuáles son las ventajas de un sistema y de otro. Por ejemplo, la existencia de un principio general facilita la aplicación de la regla y genera previsibilidad, pero, al mismo tiempo, ignora casos que requieran la flexibilización del principio para garantizar la tutela judicial efectiva, como podría ser el caso en que una de las partes tiene acceso más fácil a las pruebas. En cambio, en la cara opuesta de la moneda, la inexistencia de un principio general podría implicar un sistema desarticulado y falta de claridad.

E. Distinción entre carga objetiva y subjetiva (derecho alemán).

Según lo expuesto hasta ahora, cabe resaltar que la carga de la prueba puede ser vista, en términos generales, como una flecha que indica cuál de las partes pierde si no existiera prueba respecto de los hechos que alega. En especial, si la parte actora no puede aportar evidencia que sostenga su pretensión, entonces pierde. Esto ocurre porque se presume la inocencia del demandado hasta que se pruebe lo contrario²⁵. Esto trae un nuevo problema: la carga dinámica de la prueba no es una mera distribución de la carga de probar, sino también, hasta cierto punto, un cambio en las presunciones legales de cada una de las partes. Esto puede empezar a notarse, por ejemplo, en Alemania donde hay una diferencia entre carga objetiva y subjetiva de la prueba.

El derecho alemán hace una distinción importante entre carga de la prueba y carga de presentación de pruebas. Por un lado la carga objetiva (*objektive Beweislast*) toma como base objetiva la prueba de los hechos y las normas sustantivas que rigen el caso. Por otro lado, la carga probatoria subjetiva (*subjektive Beweislast*) tiene como fin determinar cuál de las partes debe aportar al tribunal las pruebas sobre un hecho específico en el curso del proceso. En este sentido, la carga probatoria subjetiva está relacionada a la carga de seguir adelante con el proceso (*Beweisführungslast*) y se aplica en el curso del proceso, más que en el momento de la adopción de la decisión final²⁶. Esta distinción que nos presenta el modelo alemán se acerca al nuevo artículo 1735 del CCyCN en el sentido de que, según la situación, depende cuál de las partes tiene la carga de presentación de prueba. La aplicación de la carga probatoria subjetiva

²⁴ Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 148

²⁵ Farnsworth, W. (2009) *The Legal Analyst, PART V*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 250

²⁶ Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 149

nos anticipa la interrogante respecto de la comunicación por parte del juez argentino a la hora de aplicar la carga dinámica probatoria. Es decir, ¿cuándo debe comunicar el juez? ¿En la sentencia? ¿Durante el proceso?

F. El modelo brasileiro.

En el año 2015, Brasil sancionó un renovado Código Procesal, diseñado para el proceso civil un juez activo, director del proceso, con amplias facultades procesales, para la tramitación y resolución del conflicto sometido a su conocimiento²⁷. En primer lugar, es fundamental aclarar que el artículo 369 establece que las partes tienen el derecho de emplear todos los medios legales y moralmente legítimos para probar la verdad de los hechos que alegan. En tal sentido, la carga de la prueba parecería tener una amplitud que excede lo legal y ampara lo moral. Es decir, que probar la verdad de los hechos excede la aplicación de cualquier normal procesal rígida que pueda atentar contra dicha verdad.

En lo que atañe al activismo judicial y la carga de la prueba, el artículo 373 inciso I es claro cuando dice que el *onus probandi* corresponde a la parte actora, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho. El inciso II, por su parte, dice que corresponde al demandado en cuanto a la existencia del hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho de la parte actora. En este sentido, la carga de la prueba es similar a la prevista en el artículo 377 del CPCCN. La diferencia yace en el texto de la norma brasileira que sigue su redacción y establece que en los casos de imposibilidad o excesiva dificultad de probar o en caso de tener mayor facilidad para hacerlo, el juez podrá atribuir el *onus probandi* de modo diverso, siempre y cuando lo hiciera mediante una decisión fundamentada²⁸. Indudablemente, el legislador le otorga al juez brasileiro protagonismo para intervenir en el proceso y distribuir la carga de la prueba de forma similar a la que encontramos en Argentina, plasmada en el artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, la legislación vecina respecto de la distribución de la carga de la prueba no se detiene con la facultad judicial. De hecho, y de forma aún más novedosa, es posible que la distribución del *onus probandi* ocurra por convención de las

²⁷ De Hegedus M. (2011) *El rol del juez en el anteproyecto del nuevo Código de Proceso Civil Brasileiro* en Revista de Informacao Legislativa de Abril/Junio. Brasilia: Subsecretaría de ediciones técnicas del Senado Federal. p. 49

²⁸ Código de Proceso Civil de Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

partes excepto que dicha distribución recaiga sobre un derecho indisponible de las partes o que torne excesivamente difícil el ejercicio de un derecho de alguna de las partes.

Según lo expuesto, los avances en relación a la carga de la prueba en Brasil son impensables para realidad procesal argentina. En primer lugar, porque si bien ambos sistemas contemplan las cargas probatorias dinámicas, el modelo vecino lo tiene incorporado en su Código Procesal, mientras que, en Argentina, solamente se conoce a través de la jurisprudencia y ahora por su incorporación en el Código Civil y Comercial. En segundo lugar, Brasil admite que las partes acuerden respecto de la carga probatoria, mientras que en Argentina eso todavía es una ficción. De hecho, es algo implicar severos riesgos al proceso si no se llevara a cabo con cuidado. Es un tema que merece un extenso análisis legislativo. No obstante, Brasil es un modelo que los legisladores argentinos deberían tener en cuenta a la hora de redactar un nuevo Código Procesal.



Universidad de
San Andrés

III. La carga dinámica de la prueba.

A. Jurisprudencia argentina.

Como ya fue explicado antes, con la excepción del nuevo artículo 1735 del Código Civil y Comercial, la carga dinámica de la prueba no es un instituto que emana del Código Procesal. Tampoco existían normas de cualquier tipo que hablaran al respecto de la distribución de la carga de la prueba. De hecho, la norma del artículo 377 del CPCCN no contempla una flexibilización del principio general. A lo sumo, podríamos argumentar que el Código Procesal artículo 36, inciso 4º, autoriza a los jueces y tribunales a “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”²⁹. Quizás, en base a ello, los jueces podrían fundamentar cierta flexibilización del principio general y tradicional de carga de la prueba.

La realidad es que fue a través de la jurisprudencia que se comenzó a aplicar la carga dinámica de la prueba, sin que exista una norma que regule su aplicación. Las materias sobre las que se ha aplicado son diversas, dice Lépori White en su estudio sobre el instituto: tarjetas de crédito, cuenta corriente bancaria, accidentes de tránsito, concursos, contrato de garaje, contratos de trabajo, contratos de seguro, criminal correccional, daños y perjuicios, derecho bancario, entidades financieras, falsificación de cheques, contrato de depósito, lesión subjetiva, locación de obra, prensa, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, responsabilidad médica, seguridad social, simulación, títulos de crédito, procesos colectivos, procesos ambientales, entre otras³⁰. Es a partir de fallos judiciales relacionados a estas materias que se comenzó a formar la teoría de la carga dinámica de la prueba en el derecho argentino.

Evolución. Uno de los primeros indicios de flexibilización del *onus probandi* del artículo 377 CPCCN tiene fecha en el año 1978, en un caso de la Suprema Corte de Buenos Aires. En esta oportunidad, los magistrados determinan que “La carga de la prueba no atiende tanto al carácter de actor o de demandado sino a la naturaleza de los hechos según sean la función que desempeñan respecto de la pretensión, de manera que mientras el actor debe probar el acto constitutivo de su derecho, el demandado debe probar los hechos contrapuestos que le son favorables por ser impeditivos o

²⁹ Palacio, L. E. (2011) *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot. p. 54

³⁰ Lépori White, I. (2005) Cargas probatorias dinámicas en *Cuestiones Procesales Modernas*. Buenos Aires: La Ley. p. 146-147

extintivos”³¹. En este caso, la Corte todavía no habla sobre la carga dinámica de la prueba en sí, aunque sí aclara que la carga de la prueba la tienen ambas partes, justamente para que puedan evitar el resultado desfavorable. Esto, sin embargo, todavía no implica una distribución facultativa de la prueba por parte del juez. De forma aún más clara y concisa, muchos años después (aproximadamente 11) la Sala M la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil concretó determinó que los litigantes deben probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso³². Pues, esto no sigue siendo sino el artículo 377 del Código Procesal transcrito a un fallo judicial con la mera aclaración de que la carga de la prueba no se determina en base al carácter de actor o demandado, sino en las situaciones del caso. Ya en 1990, los Tribunales argentinos empezaron a contar con una teoría uniforme respecto de la carga dinámica de la prueba, especialmente en casos de historia clínica y mala praxis médica, sosteniendo que el *favor probationis* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina por poner la carga de la prueba de inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, principalmente si la historia clínica es deficiente y los demandados integran un grupo médico³³. En general, la jurisprudencia siguió desarrollando la idea de poner la carga sobre quien están en mejor posición para asumirla. Si bien los casos son diversos, a seguir van algunos pocos, aunque importantes, en los que se ha aplicado la carga dinámica de la prueba:

- **Responsabilidad médica.** En estos casos será siempre el profesional, quien por sus conocimientos científicos y por la posesión o disponibilidad material de los elementos probatorios indispensables se encuentra en mejores condiciones para aportar prueba. La Cámara dice que así el profesional tendrá, según el caso, la carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia³⁴. Esta definición deja en claro que la aplicación de la carga dinámica de la prueba es casuística. De ahí surge la facultad del juez de aplicarla según la valoración que haga sobre los hechos alegados y/o probados del caso. Asimismo, es importante distinguir que la distribución de

³¹ SCBA, 05/12/1978, Álvarez, Etelbina c/ Handula, Jorge F. y otra, DJBA, 11 345 DJBA, 111 71.

³² CNCiv., Sala M, 03/05/89. La Nueva Soc. Coop. De Seguros Ltda. C. Perez. Eduardo, La Ley, 1989

³³ CNCiv., sala D, 1990/05/24. – Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires – LA LEY, 1991-D, 469

³⁴ CNCiv., sala H, 1997/12/07. – Gonzalez, Mígyuel A. c. M.C.B.A. 2000.IV-640

la carga puede ser tanto exclusiva de una parte o como también concurrente, según la valoración judicial. Independientemente de la apreciación del juez para cada caso, resulta evidente que los médicos a quienes se atribuye mala praxis no pueden adoptar un rol meramente pasivo, sino que le es exigible una participación activa en la faz probatoria tendiente al esclarecimiento de los hechos³⁵.

- **Responsabilidad del transportista.** En este tipo de casos, “corresponde aplicar la teoría del riesgo, que presupone la existencia de la culpa objetiva del conductor y provoca la inversión de la carga de la prueba”³⁶. Aquí los jueces nos dan un elemento importante para la interpretación del caso a la hora de distribuir (o invertir) la carga de la prueba: la teoría del riesgo. Si consideramos que la actividad de lucro del transportista implica un riesgo legalmente permitido, entonces es responsabilidad del propio transportista demostrar que no es culpable del daño causado.
- **Transporte de pasajeros.** En el marco del contrato de transporte la posibilidad de demostrar si la persona pudo o no ser pasajera la tiene la empresa mediante la organización que estime necesario adoptar. De tal modo, resulta inadmisibles pretender que ante la inexistencia de ella el damnificado vea frustrada su posibilidad de acreditar dicha calidad con su boleto³⁷. Este caso es sustancialmente distinto al anterior, ya que no se trata de una inversión automática de la carga de la prueba por la teoría del riesgo, sino que se trata de una apreciación del juez sobre la posición de debilidad en la que se encuentra el pasajero para aportar la prueba en cuestión. Por lo tanto, la determinación es que lo haga la empresa, que se encuentra mejor posición para proveer la información para aclarar un hecho controvertido.
- **Entidades financieras.** Aún más que en las empresas de transporte de pasajeros, las entidades financieras poseen documentación e información que sólo misma entidad está en condiciones de aportar como prueba. Por ejemplo, la omisión de un banco demandado de poner a disposición del perito contador los documentos que tiene en su poder, que respaldarían la calificación en la base de deudores del sistema financiero del Banco Central a la que fue sometido el actor, no puede ser valorada en contra de este

³⁵ CNCom. Sala C, 18/09/07, N. D. c/ B., G y otros s/ Daño y perjuicio – ED 226-187

³⁶ CNCom., sala B, 1996/03/29. – Medina, Juan M. y otro c. Custodio, Omar A. – LA LEY, 1996-D, 744

³⁷ CNCom., sala C, 19996/03/01. – Z. de L., N. A. c. Mayo S.A. y otro – LA LEY, 1996-D, 403

último, pues, de conformidad con el principio de la carga probatoria dinámica, la entidad financiera accionada era quien estaba en mejores condiciones de producir la prueba para acreditar que había actuado diligentemente³⁸.

- **Tarjetas de crédito.** Jueces de cámara se han expedido sobre un caso relacionado a tarjetas de crédito asimismo utilizando el criterio de posición favorable para producir la prueba. Dice el fallo *Kelly, Guillermo A c/ Argencard S.A.* que la organizadora del sistema de tarjeta de crédito pudo justificar que no existió la denuncia telefónica de robo de la tarjeta, pues se encontraba en una posición más favorable para traer los elementos de juicio necesarios a fin de formar convicción en el juzgador³⁹.
- **Peatón.** En este tipo de casos se aplica el mismo criterio que en la responsabilidad del transportista ya que se trata de un daño proveniente de un riesgo propio del uso de una cosa peligrosa, como es el automotor, por lo que se aplica en tal caso estrictamente la inversión de la carga probatoria de modo que el victimario no puede eximirse de su responsabilidad sino probando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder⁴⁰.

Según lo expuesto, hay una gran diversidad de casos en los que la jurisprudencia ha aceptado y aplicado el principio de carga dinámica de la prueba. Queda claro que uno de los criterios más utilizados es el de la teoría del riesgo. Ahora bien, es sustancialmente más fácil distribuir la carga de la prueba frente a la existencia de un riesgo permitido. Ahora bien, cuando ese riesgo no es claro, el criterio mayormente utilizado es la determinación de qué parte se encuentra en mejor posición para probar. No obstante, es importante notar que no todos los casos son iguales. Por lo tanto, es importante el ejercicio de interpretación y razonabilidad judicial para la aplicación de la distribución de la carga probatoria. De hecho, los existen fallos en los que se ha fundamentado la no aplicabilidad de la carga dinámica de la prueba. En Santa Fe, la Sala 2 de la Cámara en lo Civil y Comercial ha presentado tres argumentos por los cuales que no es necesario el desplazamiento del *onus probandi* para el caso en cuestión:

³⁸ CNCom. Sala B, 08/10/03, Caruso, Pablo D. c/ Banco Francés, La Ley 2004 C, 637

³⁹ CNCom. Sala C, 20/06/07 Kelly, Guillermo A c/ Argencard S.A., 2007 IV 813

⁴⁰ Trib. Col. De Resp. Extrac. N°6 Rosario, 09/11/98 Demetrio, Remigio el Torres, Vicente s/ Daños y perjuicios

a) no se vislumbra que dificultades insuperables impidieron una actividad probatoria satisfactoria de la actora respecto a la entrega de la mercadería que afirma vendió al demandado;

b) no se observa elemento alguno que permita identificar al demandado como en situación desfavorable en relación a la respectiva prueba y en tal sentido traducir su cooperación, en tanto no surge que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirla que su contraparte;

c) finalmente hasta recordar que la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en la cuales no funciona adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios, extremo no acontecido en el “sub lite”⁴¹.

En definitiva, es necesario (y se ha demostrado en algunos casos) que la actividad judicial constituya apreciaciones razonables según cada caso. De la misma manera que los jueces deben fundamentar la aplicación de la carga dinámica de la prueba, deben distinguirla de los casos en los que no corresponde aplicarla. Su incorporación al artículo 1735 del Código Civil y Comercial, si bien ahora le otorga legalidad al principio, no presenta una fórmula exacta de aplicabilidad. La distribución de la carga de la prueba es una facultad judicial y, por ende, debe utilizarse con criterios razonables.

B. Defensa en juicio y presunciones.

Las reglas de distribución de la carga probatoria se basan en el costo que tiene para cada una de las partes presentar la prueba. Queda claro, a esta altura, que en estos casos debe presentar la prueba la parte que se encuentra en la mejor posición para hacerlo. En definitiva, la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos o mayor facilidad para su demostración es quien debe aportar la prueba, aunque en estos casos se hace necesario que el juez determine claramente sobre quién pesa la carga de la prueba para no violentar el derecho de defensa en juicio⁴². Esta actividad e intervención judicial en el proceso implica una redefinición de lo que conocemos como imparcialidad del juez. Morello anticipó, oportunamente, que se está ahora ante un juez comprometido: su obrar tiene

⁴¹ Cciv. Y Com. Sala 2ª, Santa Fe, 13/06/03, Ganadera Arrufo SRL c/ Frigorífico Esperanza de Martín William s/ Ordinario, Zeus T. 93 – J 716

⁴² Falcón, E. M. (2005) *Cómo se ofrece y se produce la prueba*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot. p. 68

que ser axiológicamente valioso en orden a la justicia y la paz social. Ser imparcial, al cabo, no quiere decir “ser indiferente”⁴³.

En términos básicos, cuando el juez le dice a la parte demandada “ahora usted tiene que aportar prueba porque está en mejores condiciones de hacerlo” asimismo le está diciendo: “Necesito que usted corrobore que hizo las cosas bien y que no es culpable. De lo contrario, presumiría que la responsabilidad es suya”. En base esto, uno de los argumentos de quienes están en contra de la carga dinámica de la prueba podría ser que limita el derecho de defensa en juicio de quien tiene que aportar la prueba por estar en mejores condiciones de hacerlo. En todo caso, no creo que ésta sea una limitación, sino que es una ampliación del derecho de defensa para que esta parte pueda prevenir el efecto negativo de no probar, siempre y cuando se le comunique que hubo una distribución de la carga de presentar pruebas.

Farnsworth usa como ejemplo el caso de las discriminaciones raciales por parte de los empleadores. Si bien se trata de un caso más bien aplicable al contexto estadounidense, no deja de ser un buen ejemplo para entender el efecto negativo de no probar. En este tipo de casos, la parte actora demuestra que es parte de una minoría racial, que aplicó a un trabajo para el cual estaba debidamente calificado y que, no obstante, el empleador contrató a una persona blanca. Desde ese punto en adelante, hay una distribución en la carga de la prueba para que el empleador demuestre que no hubo discriminación en su elección porque, de lo contrario perdería el caso. Una vez que el empleador ofrece una razón legítima por la cual tomo su decisión, dice Farnsworth, la carga de la prueba vuelve (*shifts back*) a la parte actora⁴⁴. En este caso resulta evidente que hay un cambio en la presunción de las partes. Una vez que la parte actora demuestra que era idónea para el trabajo, es el empleador quien debe demostrar que no es culpable.

Dice Taruffo, de hecho, que las presunciones legales son frecuentes en todos los sistemas jurídicos. En algunos casos se basan en consideraciones políticas, ya que, en general, trasladar las cargas probatorias por medio de presunciones jurídicas es un mecanismo cuyo objetivo es asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes. En otras ocasiones se usan porque para una de las partes resulta demasiado difícil probar un hecho porque se presume que un hecho ha ocurrido de la manera

⁴³ Morello, A. M. (1998) *Estudios de Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 110

⁴⁴ Farnsworth, W. (2009) *The Legal Analyst, PART V*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 250-251

normal, de modo que sólo necesitan ser probadas las excepciones al curso ordinario de los acontecimientos; a veces la carga se traslada a la parte que tiene un fácil acceso a las pruebas; otras se utiliza una presunción para liberar a la parte “débil” (como sucede, por ejemplo, en las causas laborales y de discriminación) y asignar a la parte “fuerte” la carga de probar lo contrario⁴⁵. Como ya fue dicho antes, el principio general es la presunción de inocencia del demandado hasta que se pruebe lo contrario. Por ende, si hubiera un cambio respecto de dicha presunción, es fundamental que el juez se lo comunique a las partes. Sin dicha comunicación, efectivamente, estaríamos frente al menoscabo del derecho de defensa que tiene la parte demandada.

C. Comunicación.

Zavala de Gonzalez dice que “dentro de un sistema así integrado operan las cargas probatorias dinámicas, que no deben subordinarse a decisiones potestativas del juez, ni a algún previo aviso o tramitación adicional, pues aquéllas tiene su propio sustento normativo y axiológico”⁴⁶. La autora propone que no hace falta la comunicación del juez porque la carga dinámica de la prueba proviene de principios constitucionales y es, de cierta manera, autosuficiente. Vale aclarar que estoy en desacuerdo con su postura sobre el aviso previo, por el siguiente motivo: Las partes no siempre están en condiciones de saber si les aplica la distribución de la carga de la prueba. Como ya fue expuesto previamente, si no fuera por la comunicación del juez a las partes, se estaría violentando el derecho de defensa en juicio. Basta con aplicar los casos problemáticos de penumbra que menciona Hart para percibir la deficiencia en la definición que propone Zavala de Gonzalez. Es que hay, en estos, una zona gris en donde la solución al caso no sigue una lógica axiomática⁴⁷. Lo mismo ocurre con la carga dinámica de la prueba, que requiere un trabajo de interpretación por parte del juez y dependiendo de la valoración que haga del caso, define si distribuye o no la carga de la prueba. Hasta tanto el juez no se pronuncie y comunique respecto de tal distribución, las partes no tienen manera cierta de saber con certeza si se aplicó o no la carga dinámica de la prueba. El criterio de Zavala de Gonzalez es útil para casos estándares donde se aplica la carga dinámica de la prueba o la inversión automática de la prueba (mala praxis médica, responsabilidad del transportista, daños al peatón, etc.). No obstante, en los casos que

⁴⁵ Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 151-152

⁴⁶ Zavala de Gonzalez, M. M. (2013) *Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil. Aplicación en el Proyecto de Código*. La Ley Online.

⁴⁷ Hart, H. L. A. (1958) Positivism and the separation of law and morals en *Harvard Law Review* (Vol 71, N°4). Digitalizado por JSTOR. p. 607-608

no es clara la necesidad de distribuir la carga de la prueba, es necesario que el juez comunique a las partes de su decisión.

La cuestión central en relación a la carga dinámica de la prueba, a mi parecer, es llegar a una sentencia justa y razonable que garantice la tutela judicial efectiva. Ahora bien, una sentencia que vulnera el derecho de defensa no puede ser, bajo ningún concepto, justa y razonable. Por lo tanto, hay que tener en cuenta dos cuestiones: 1) que la distribución de la carga de la prueba es una facultad judicial que le permite llegar a una decisión, en términos relativos, justa y razonable; y 2) que la carga dinámica de la prueba se debe aplicar ponderando la defensa en juicio de las partes porque, de lo contrario, la sentencia no sería justa y mucho menos razonable. Ergo, la manera de ponderar la defensa en juicio es informando a las partes que se aplica la distribución de la carga de la prueba para que, en base ello, puedan defenderse debidamente.

D. Críticas

Sin perjuicio de los argumentos constitucionales que reivindican las cargas probatorias dinámicas como una ventaja en términos de acceso a la justicia y defensa en juicio, la cuestión inherente a la comunicación del juez ha sido sujeta a críticas. Esto ocurre principalmente en torno al derecho de defensa. El jurista chileno Palomo Velez ha expresado que “toda persona debe saber con antelación al juicio cuáles son sus cargas en materia probatoria, no sirviendo de nada que esto ocurra en la audiencia preparatoria”⁴⁸. Esta crítica, de hecho, procede de una posición antagónica a la del protagonismo e intervención del juez en el proceso. De hecho, Palomo Velez sugiere que los legisladores son quienes tienen que prever la distribución del *onus probandi*, mediante mecanismos objetivos, para que las partes sepan de antemano cual será dicha la distribución. De lo contrario, estaríamos consagrando autorizaciones para que los jueces manipulen las cargas probatorias⁴⁹.

Según Taruffo, es posible que, en vez de alterar la regla general de *onus probandi*, se pueda “prever una orden de exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada que impusiera a la parte que dispone de la prueba que sería útil a la otra parte aportarla en juicio”⁵⁰. En este sentido, el efecto sería el mismo que propone Zavala

⁴⁸ Palomo Velez, D. (2013) *Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?* en Revista Ius et Praxis. Chile: Universidad de Talca. p. 458-459

⁴⁹ Palomo Velez, D. (2013) *Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?* en Revista Ius et Praxis. Chile: Universidad de Talca. p. 464

⁵⁰ Taruffo, M. (2010) *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons. p. 263.

de Gonzalez cuando dice que el juez no debe comunicar a las partes porque la carga dinámica de la prueba tiene su propio fundamento axiológico⁵¹. La única diferencia es que la idea de Taruffo supone la existencia una norma que advierte a las partes que deben aportar pruebas si le fueran útiles a la otra parte, mientras que Zavala de Gonzalez supone una interpretación de normas y principio fundamentales que derivan en el mismo resultado. En este caso, el juez volvería a ser un espectador imparcial en vez de realizar un análisis valorativo de cada caso. Lo importante, entonces, sería lograr una fórmula equilibrada que esquive al máximo el subjetivismo y la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, minimizando el riesgo de que una parte no tenga éxito por dificultades de acceso a la prueba⁵².

Realmente, ¿podría esta ser una solución al problema de la comunicación y preaviso? A mi parecer, este tipo de mecanismos son muy lejanos a la realidad. No existe una fórmula que pueda prever los casos que se presentarán ante los jueces. De hecho, la comunicación por parte del juez implicar notificar y darle una oportunidad a la parte afectada para que se defienda. Sin dicha comunicación, el juez dictará la sentencia basándose en que la parte demandada debería haber aportado prueba, pero no lo hizo, y por eso perdió. De hecho, eso sería una afectación al derecho de defensa mayor a la cualquier afectación que pueda generar una comunicación judicial en transcurso del proceso.



Universidad de
San Andrés

⁵¹ Zavala de Gonzalez, M. M. (2013) *Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil. Aplicación en el Proyecto de Código*. La Ley Online.

⁵² Palomo Velez, D. (2013) *Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?* en Revista Ius et Praxis. Chile: Universidad de Talca. p. 462

IV. Análisis del artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A. Principio General

Antes de analizar la norma relativa a la carga dinámica de la prueba es necesario aclarar el contenido del artículo 1734 del Código Civil y Comercial. El principio general de la norma en cuestión es similar al que emana del artículo 377 del Código Procesal: “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”. En primer lugar hay que destacar que aquí estamos hablando exclusivamente sobre la prueba de los factores de atribución. Por lo tanto, el texto del artículo 1734 no aplicaría para la prueba del daño y/o nexo causal, por ejemplo. Para ello, existen normas específicas que lo regulan.

Ahora bien, ¿por qué el artículo 1734 CCyCN es similar y no idéntico al artículo 377 CPCCN? Pues, la similitud yace en que le corresponde probar a parte que alega. Ahora bien, la diferencia está en la primera parte del texto de la norma que dice “excepto disposición legal”. Es esta oración que abre las puertas a una excepción al principio general. Esta excepción es, de hecho, la carga dinámica de la prueba que se encuentra en el artículo siguiente. De esto, por ende, hay que entender un punto fundamental: el desplazamiento del *onus probandi* es una excepción al principio general. Hecha esta aclaración se puede comenzar a analizar el artículo 1735:

“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”.

Según lo expuesto hasta ahora en relación a la carga probatoria dinámica, resulta evidente que la jurisprudencia ya se ocupó de definir este concepto. El Código Civil y Comercial, por su parte, es el instrumento mediante el cual se le otorga legalidad a este principio.

B. Excepcionalidad y facultad del juez: alcance de la norma.

Como ya fue dicho anteriormente, existe un principio general para la prueba de los factores de atribución salvo excepción legal. Por su parte, el artículo 1735 ratifica su excepcionalidad al comenzar diciendo “no obstante”. Es decir, no obstante el principio general, este artículo contiene una disposición legal excepcional. Dicha excepcionalidad es facultativa del juez, según su valoración del caso.

Cuando el Código Civil y Comercial dice “el juez puede distribuir la carga de la prueba”, le está atribuyendo una facultad al juez. Ahora bien, la facultad judicial no es una mera elección según un criterio desarticulado. En ese caso estaríamos frente a una decisión arbitraria o, mínimamente, con vagos fundamentos. Por lo tanto, el artículo 1735 establece una pauta de interpretación para estos casos, estableciendo que el juez debe ponderar “cuál de las partes de halla en mejor situación” para aportar la prueba. Asimismo, esta facultad judicial es solamente aplicable para los casos de prueba de “la culpa o de haber actuado con diligencia debida”. Esta es la cuestión que nos trae al alcance que tiene la norma. Es decir, ¿Cuándo puede un juez distribuir la carga de la prueba? Pues, cuando se dan los mencionados dos supuestos: 1) que se trate de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida (factores de atribución); y 2) que la parte sobre la cual recae la carga de la prueba esté en mejores condiciones de aportarla. En base a lo expuesto, las características que constituyen la carga probatoria dinámica del artículo 1735, son las siguientes:

1. Excepcionalidad: es una excepción al principio general de los artículos 1734 CCyCN y 377 CPCCN.
2. Facultad judicial: su aplicación es potestad de los jueces.
3. Exclusividad: es aplicable exclusivamente para la prueba de los factores de atribución.
4. Condicional: la carga de la prueba recae sobre quien está en mejores condiciones de aportarla.
5. Comunicación: el juez debe comunicar a las partes, durante el proceso, que distribuirá la carga de la prueba.

Sobre este último punto, es necesario explayarse de forma más extensa, pues es el punto en donde se vulnera el derecho fundamental de defensa en juicio. Además, surge la pregunta: ¿en qué momento del proceso debe el juez comunicar a las partes su decisión de aplicar el criterio distribuir la carga de la prueba?

C. Comunicación y defensa en juicio.

Zavala de Gonzalez se equivoca al decir que no es necesario el previo aviso o tramitación adicional, pues la carga dinámica de la prueba tiene su propio sustento normativo y axiológico⁵³. Por un lado, es verdad que este instituto tiene sustento normativo y axiológico, cuestión que ya fue expuesta al principio; por el otro, la falta de

⁵³ Zavala de Gonzalez, M. M. (2013) *Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil. Aplicación en el Proyecto de Código*. La Ley Online.

comunicación por parte del juez en los casos de distribución de la carga de la prueba, atenta contra la defensa en juicio de la parte a la que se le atribuye el *onus probandi*. No obstante la opinión de Zavala de Gonzalez, el artículo 1735 es claro: “Si el juez considerara pertinente [aplicar la carga probatoria dinámica], 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”. De tal manera, el legislador prevé la potencial violación al derecho de defensa y establece que la comunicación a las partes es un deber del juez.

El problema fundamental es el “cuándo” y la forma de la comunicación. Si bien la norma dice “durante el proceso”, el proceso es largo y no queda claro en qué momento debe el juez efectuar la comunicación. Por lo tanto, es importante descartar la hipótesis de que el juez lo comunique en la sentencia. Esto sería lo mismo que no comunicar a las partes durante el proceso, debido a que la sentencia es la finalización del proceso. En esta etapa, la parte perjudicada por la distribución de la carga de la prueba ya no podría defenderse. Esto no sólo sería una violación al derecho de defensa en juicio, sino que también podría generar una cantidad innumerable de apelaciones, atentando contra el principio de economía procesal. Entonces, Peyrano dice, lógicamente, que “conforme el tenor del art. 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 estándares, cuál sería el supuesto de una pretensión resarcitoria de una mala praxis médica quirúrgica”⁵⁴. Frente a este análisis, la comunicación, para no violar el derecho de defensa en juicio, debería darse en un momento determinado en el cual las partes aún pueden defenderse y, al mismo tiempo, el juez está en condiciones concretas de ponderar cuál de las partes está en mejores condiciones para aportar dicha prueba.

Peyrano propone dos buenas alternativas, aunque no necesariamente suficientes, para que el juez efectúe la comunicación a las partes:

1. Audiencia preliminar del artículo 360 CPCCN. Siendo este el momento del juicio en el que juez provee la admisibilidad de las pruebas, sería también un buen momento para comunicarle a las partes que aplicará la distribución de la carga de la prueba. Esto trae consigo dos problemas: 1) que muchas provincias

⁵⁴ Peyrano, J. W. (2016) *Las cargas probatorias dinámicas, hoy*. Publicado en RCCyC, La Ley Online.

argentinas no han incorporado la figura de la audiencia preliminar⁵⁵; y 2) esto implicaría que las pruebas no se producirían en el término ordinario del proceso y ocurriría un alargamiento innecesario del proceso judicial⁵⁶.

2. Resolución judicial. Frente a la problemática de comunicar durante audiencia preliminar, Peyrano propone que la comunicación sea mediante una resolución judicial. No obstante, advierte que, muy posiblemente, esto sea objeto de impugnaciones de toda laya, que favorecerán a litigantes maliciosos en su afán de entorpecer la marcha de los procedimientos⁵⁷.

Respecto de lo expuesto, la audiencia preliminar sería una buena opción si todas las provincias contemplaran su figura. Igualmente, la resolución judicial es una buena opción para comunicar a las partes. De hecho, habría que ignorar las impugnaciones de litigantes maliciosos a las que hace referencia Peyrano. Este tipo de comunicaciones no debería sorprender a los letrados porque, si bien antes la carga dinámica de la prueba era un principio jurisprudencial, hoy en día es un instituto que cuenta con el sustento del principio de legalidad. La distribución del *onus probandi* no es una ficción, sino que se trata de una realidad inevitable del proceso.

Ambos mecanismos de comunicación son viables, aunque todavía no son suficientes. La solución de esta problemática indefectiblemente la proveerán los legisladores y/o jueces al pasar del tiempo. El artículo 1735 trae consigo un cambio de paradigma en material procesal. Será cuestión de tiempo para que los códigos procesales a lo largo y a lo ancho de la Argentina adapten sus contenidos a dicho cambio de paradigma.

D. Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Actualmente, existe un anteproyecto para reformar el CPCCN que incorpora el instituto de la carga probatoria dinámica en su artículo 383 respecto de la carga de la prueba. Por un lado, se mantiene la regla general del actual artículo 377 CPCCN, pero se agrega lo siguiente:

“Las directivas para el Juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes según les sea a éstas más cómodo aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos

⁵⁵ Peyrano, J. W. (2016) *Las cargas probatorias dinámicas, hoy*. Publicado en RCCyC, La Ley Online.

⁵⁶ Calvo Costa, C. A. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación concordado, comentado y comparado, Tomo II*. Buenos Aires: La Ley. p. 718

⁵⁷ Peyrano, J. W. (2016) *Las cargas probatorias dinámicas, hoy*. Publicado en RCCyC, La Ley Online.

controvertidos o si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde, según las particularidades del caso.

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

El Juez o Tribunal indicarán, concretamente, cuáles medios de pruebas relevantes o de significación fundan principalmente su decisión.

A falta de reglas generales expresas, el Juez o Tribunal, aplicarán las de la experiencia común extraída de su propia cultura, conocimiento y observación de lo que normalmente acaece. Los jueces o Tribunales deberán obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa”⁵⁸.

Si bien hay varias cuestiones para analizar sobre esta potencial norma, me limito meramente a destacar que el Anteproyecto incorpora la carga dinámica de la prueba de forma explícita. Además, es importante remarcar otras dos cuestiones: 1) el deber de colaboración; y 2) obrar de manera activa por parte de los jueces o Tribunales. Respecto del primer punto, será necesario que los legisladores, jueces y juristas de Argentina se tomen el trabajo de desarrollar el concepto de deber de colaboración de la partes. Seguramente sea un tema que genere muchas oposiciones y discusiones. En relación al rol activo por parte de los jueces y Tribunales, vale aclarar que también será objeto de diversas críticas de quienes piensan que éstos vayan a manipular las cargas probatorias. Es sumamente importante que los jueces sigan pautas de interpretación bien definidas y que se haga una extensa definición de los términos abstractos que figuran en este artículo. De lo contrario, se podría vulnerar la predictibilidad e imparcial en las sentencias judiciales.

Si bien no es sorpresiva la incorporación de la carga dinámica de la prueba al Anteproyecto, un tema importante es el de la comunicación del juez. Quienes redactaron este Anteproyecto pudieron prever este problema. El artículo 389, sobre el contenido de la audiencia preliminar, dice que el Tribunal deberá “ordenar la producción de las pruebas que correspondan y fijar la audiencia para las vista de la causa y disponer que en ella se reciban todas las pruebas que no se hubiesen producido o no hubiesen sido practicadas con anterioridad”. Según lo expuesto, la comunicación del juez sería en la audiencia preliminar, sujeta a la fijación de una nueva audiencia. Esta solución no es perfecta, ya que alarga los tiempos del proceso y también será motivo de discusiones.

Lo importante es que, de una manera u otra, el Anteproyecto se adapta al cambio

⁵⁸ Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (2015). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

de paradigma que trae el artículo 1735 CCyCN, ya sea este correcto o no. Además, busca dar respuestas al problema de la comunicación del juez. Seguramente sea necesario discutir y mejorar estos puntos para la efectiva sanción del nuevo Código Procesal. No obstante, la dirección que están tomando los redactores es una tendiente a adoptar el cambio de paradigma y confiar en el rol activo de los jueces.



Universidad de
San Andrés

V. Reflexiones finales.

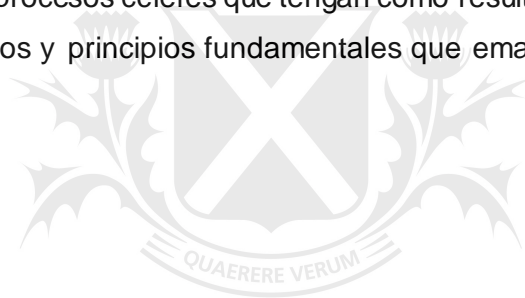
A modo de conclusión, hay que destacar que el principio fundamental por el que se rige la carga dinámica de la prueba es el de defensa en juicio. En lo que concierne a la distribución de la carga de la prueba, es través de la salvaguarda de dicho principio que los jueces podrán tomar decisiones que garanticen la tutela efectiva de los derechos. Por lo tanto, los jueces deben prestar especial atención en no vulnerar el derecho de defensa, ya que su menoscabo implicaría, de hecho, la violación de un derecho fundamental. A fin de llegar a sentencias justas y razonables en tiempo y contenido, la apreciación judicial a la hora de distribuir la carga de la prueba debe ser impecable en sus fundamentos.

Como ya fue expuesto, la carga de la prueba tiene sus variaciones según las distintas legislaciones del mundo occidental. Por lo tanto, no existe un concepto único de aplicación de la carga de la prueba, como puede serlo el artículo 377 del Código Procesal. De hecho, dicho artículo sirve como principio general, pero es muy difícil que un principio general pueda solucionar la totalidad de casos existentes y por existir. Por lo tanto, si la persona que tiene la carga de probar se encuentra en una posición “débil” para hacerlo, mientras que la contraparte está en mejores condiciones de hacerlo, entonces corresponde que se aplique una excepción al principio general del 377 del Código Procesal, debido a su ineficacia para garantizar el acceso a la justicia y esclarecimiento de los hechos, en este caso específico. Dicha excepción es la distribución del *onus probandi*.

Según lo expuesto, la carga dinámica de la prueba sirve como facultad judicial para garantizar que la parte más “débil” pueda defenderse, habiendo un cambio en las presunciones. Ahora bien, este cambio genera una vulneración del derecho de defensa si es que no lleva a cabo con cuidado. Por ello es que el artículo 1735 del Código Civil y Comercial, al incorporar la distribución de la carga de la prueba, no sólo brinda una excepción al artículo 377 CPCCN, sino que también exige que dicha distribución le sea comunicada a las partes. Por lo tanto, la comunicación es fundamental para que las partes sepan si el juez decidió que tienen la carga de probar por un desplazamiento del *onus probandi*. De lo contrario, si hubiera desconocimiento de la parte que tiene la carga probatoria, se estaría vulnerando su derecho de defensa en juicio.

Los cambios del Código Civil y Comercial traen consigo, en muchos casos, un cambio de paradigma o de percepción del derecho y de la justicia. Hoy en día hablamos

de un juez que comunica a las partes cuando antes, en realidad, el juez notificaba y dictaba sentencia; no comunicaba. Pues, hoy el juez pasa a ser alguien involucrado en el proceso. Quizás el juez sea, de cierta manera, un impulsor del proceso. No sólo hay un cambio en el lenguaje del CCyCN, especialmente notorio en el Derecho de Familia, sino que hay un cambio general de paradigma: a los jueces se les requiere más actividad, razonabilidad y fundamentos para dictar sentencia. En el caso específico de las cargas probatorias dinámicas, el deber de comunicar es un cambio que conlleva un procedimiento claro sobre cómo y cuándo se produce dicha comunicación. Por lo tanto, también es importante notar que el CCyCN no es una solución a todas las interrogantes, ni mucho menos la perfección de un sistema jurídico. El procedimiento para llevar a cabo la comunicación es un tema que van a tener que tratar los jueces o legisladores a medida avanza la aplicación del artículo 1735 CCyCN. Asimismo, el Derecho Procesal necesita modernizarse para adaptarse a estas nuevas tendencias. De tal manera, habrá que apuntar a tener procesos céleres que tengan como resultado final sentencias que garanticen los derechos y principios fundamentales que emanan de la Constitución Nacional.



Universidad de
San Andrés

VI. Bibliografía

Fuentes normativas:

- Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (2015). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Código Civil francés:
https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1975/13787/version/3/.../Code_45.pdf
- Código Civil italiano:
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html
- Código Civil y Comercial de la Nación en Infoleg:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#23>
- Código de Proceso Civil de Brasil:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Infoleg:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>
- Constitución Nacional: <http://www.senado.gov.ar/delInteres>

Doctrina:

- Alvarado Velloso, A. (2010) *El garantismo procesal*. La Ley Online.
- Bentham, J. (1847) *Tratado de las pruebas judiciales*. Madrid: Digitalizado por Google.
- Berizonce, R. (2011) *El principio de legalidad bajo el prisma constitucional*. La Ley Online.
- Calvo Costa, C. A. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación concordado, comentado y comparado, Tomo II*. Buenos Aires: La Ley. p. 718
- De Hegedus M. (2011) *El rol del juez en el anteproyecto del nuevo Código de Proceso Civil Brasileiro* en Revista de Informacao Legislativa de Abril/Junio. Brasilia: Subsecretaría de ediciones técnicas del Senado Federal.
- Falcón, E. M. (2005) *Cómo se ofrece y se produce la prueba*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot.

- Farnsworth, W. (2009) *The Legal Analyst, PART V*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Grillo, I. I. M. (2004) *El Derecho a la tutela judicial efectiva*. Sistema Argentino de Información Jurídica. Sitio web: <http://www.saij.gob.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-40fcanirtcod>
- Hart, H. L. A. (1958) Positivism and the separation of law and morals en *Harvard Law Review* (Vol 71, N°4). Digitalizado por JSTOR.
- Lépori White, I. (2005) Cargas probatorias dinámicas en *Cuestiones Procesales Modernas*. Buenos Aires: La Ley.
- Morello, A. M. (1998) *Estudios de Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Palomo Velez, D. (2013) *Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?* en *Revista Ius et Praxis*. Chile: Universidad de Talca.
- Palacio, L. E. (2011) *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Peyrano, J. W. (2013) *La carga de la prueba*. La ley Online.
- Peyrano, Jorge W. (2016) *Las cargas probatorias dinámicas, hoy*. Publicado en RCCyC. La Ley Online.
- Renault Godinho, R. (2007) A distribuicao do ônus da prova na prespectiva dos direitos fundamentais en *Revista Juridica do Ministerio Publico do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte
- Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010) *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.
- Zavala de Gonzalez, M. M. (2013) *Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil. Aplicación en el Proyecto de Código*. La Ley Online.

Jurisprudencia:

- CNCiv., sala D, 1990/05/24. – Calcaterra, Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires – LA LEY, 1991-D, 469
- CNCiv., sala H, 1997/12/07. – Gonzalez, Miguel A. c. M.C.B.A. 2000.IV-640
- CNCiv., Sala M, 03/05/89. La Nueva Soc. Coop. De Seguros Ltda. C. Perez. Eduardo, La Ley, 1989
- Cciv. Y Com. Sala 2ª, Santa Fe, 13/06/03, Ganadera Arrufo SRL c/ Frigorífico Esperanza de Martín William s/ Ordinario, Zeus T. 93 – J 716

- CNCom., sala B, 1996/03/29. – Medina, Juan M. y otro c. Custodio, Omar A. – LA LEY, 1996-D, 744
- CNCom. Sala B, 08/10/03, Caruso, Pablo D. c/ Banco Francés, La Ley 2004 C, 637
- CNCom., sala C, 19996/03/01. – Z. de L., N. A. c. Mayo S.A. y otro – LA LEY, 1996-D, 403
- CNCom. Sala C, 20/06/07 Kelly, Guillermo A c/ Argencard S.A., 2007 IV 813
- CNCom. Sala C, 18/09/07, N. D. c/ B., G y otros s/ Daño y perjuicio – ED 226-187
- SCBA, 05/12/1978, Álvarez, Etelbina c/ Handula, Jorge F. y otra, DJBA, 11 345 DJBA, 111 71.
- Trib. Col. De Resp. Extrac. N°6 Rosario, 09/11/98 Demetrio, Remigio el Torres, Vicente s/ Daños y perjuicios



Universidad de
San Andrés