

Diálogos de doctrina-Doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

1.- ¿Cuál sería el fundamento en defecto de texto legal consagradorio para su aplicación?

Jorge. W. Peyrano (J.W.P)

Se sabe que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas-cuya partida de nacimiento se remonta bastante años atrás(1) constituye una flexibilización, de aplicación excepcional, de las reglas tradicionales de distribución de carga de la prueba.

La más conocida- pero no la única-(2) es aquella conforme a la cual- presuponiendo siempre un entorno excepcional- corre con la carga de la prueba, la parte que se encuentra en mejores condiciones fácticas, profesionales o técnicas para producirla.

Si bien se mira, la difusión de dicha doctrina y su éxito no sólo obedeció al hecho de que es una vía idónea para aligerar la prueba diabólica (por lo difícil) que pesaba otrora sobre ciertos demandantes (por ejemplo, sobre quien reclamaba resarcimiento en supuestos de mala praxis quirúrgica) sino también a que- oscuramente, todavía- representa una aplicación del ideario consistente en que tratándose de un episodio que necesariamente han protagonizado actor y demandado, éste debe aportar su versión fáctica y probarla(3). Sobre el particular, hemos dicho lo siguiente: “Todo lo apuntado involucra tener por cierta la existencia de un movimiento en pro de exigir un nivel de actividad probatoria a las partes que anteriormente no se le exigía y quitarles-algo, al menos- la posibilidad técnica de refugiarse en una cómoda inactividad, inactividad ésta contraria al imaginario social que cada día más concibe al proceso civil como una empresa compartida en pos de un ideal común, que no es otro que el de averiguar donde está la razón y dónde la falta”(4).

La doctrina que nos ocupa no encierra –contrariamente a lo que frecuentemente se piensa- una hipótesis de inversión probatoria completa.

El aligeramiento probatorio que involucra sólo opera en algunas áreas ( especialmente, en lo que atañe al factor de atribución) y no en todas. Así, el demandante por una mala praxis quirúrgica correrá con la carga de probar varios puntos (que la intervención quirúrgica respectiva se realizó en tal o cual lugar, que los daños sufridos existieron y fueron tales o cuales, etc.), y el cirujano únicamente deberá alegar y demostrar las razones exculpatorias que le asisten(5).

Rápidamente, las cargas probatorias dinámicas ganaron espacio en certámenes científicos(6), en publicaciones doctrinarias (7) y en numerosísimas aplicaciones pretorianas entre las cuales destacan los *leading cases* “Pinheiro” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (8) y el de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires emitido en “Acosta” (9). Más lenta, pero incesantemente se fueron sumando códigos procesales civiles provinciales interesados en incorporar una herramienta útil para ponderar debidamente las circunstancias del caso en situaciones probatorias excepcionales. Así, por orden cronológico La Pampa (10), Corrientes (11), Santiago del Estero(12), San Juan (13). Siempre en plano de lo legal cabe memorar el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España que ha aceptado, decididamente, el ideario de las cargas probatorias dinámicas (14).

Sin perjuicio de señalar que pese a la orfandad legal, en muchos lugares ( también en lo que concierne a la órbita del C.P.N) la falta de regulación explícita de la herramienta probatoria que venimos examinando, no ha sido un óbice para que se consumaran numerosísimas aplicaciones pretorianas.

Los caminos elegidos para convalidar dichas decisiones pretorianas son variados: la valoración judicial de las circunstancias del caso(15) que aconsejaban apartarse de las reglas ortodoxas en materia de reparto del onus probandi, la fuerza probatoria de la conducta en juicio observada por el demandado que podía, fácilmente, explicar y demostrar las razones que lo tornaban exento de culpa y que sin embargo nada hizo(16), la alegación de que la consagración de la doctrina que nos ocupa por parte del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal la convirtió en argumento de derecho(17) lo que suplía la falta de respaldo legal expreso. Asimismo, debe subrayarse que también el principio de cooperación procesal ha sido mencionado como fundamento de su aplicación (18). Empero, el fundamento que ha concitado mayores consensos es aquel que radica en que partiendo de la premisa de que sólo rige para casos excepcionales de dificultad probatoria, considera al imaginario de las cargas probatorias dinámicas una derivación de las reglas de la sana crítica(19); especialmente de la que establece que “lo diferente no puede ser valorado con el rasero del común”, tal como se declarara en las

Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial e Informático celebradas en Junín en octubre de 1992(20). Vale decir que el apartamiento de las reglas tradicionales distributivas del onus probandi se encuentra legitimado frente a una situación distinta de las habituales y por imperio de una de las reglas de la sana crítica.

2.-¿En qué ramas del derecho tendrían aplicación las cargas probatorias dinámicas?

J.W.P Es singular la fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Nacida en materia civil, despertó el interés de los civilistas que la examinaron en plurales encuentros científicos(21), posteriormente comenzó a aplicarse en el área comercial ( seguros, cuenta corriente bancaria, etc.). Más luego, tuvo una amplia recepción en el fuero laboral (22) y en los últimos tiempos la ha tenido también en materia concursal(23) y hasta en el terreno penal(24).

Ahora bien: resulta insoslayable hacer foco en dos vertientes modernas del Derecho que han alcanzado un particular desarrollo cuales son el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental , donde también las cargas probatorias dinámicas adquieren trascendental importancia.

En cuanto al Derecho del Consumidor y del Usuario abundan las opiniones que invocan las cargas probatorias clásicas en favor del consumidor. Desde las que establecen como “principio general la inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor. Es decir que se supone en principio que la falta del proveedor está acreditada. Hay supuestos legales del alcance de esa inversión probatoria como por ejemplo en los casos de servicios públicos domiciliarios respecto de la falta de suministro o exceso de facturación” (25) , hasta criterios jurisprudenciales que la tienen en cuenta solamente en los juicios contra prestatarios de servicios públicos (26).

En lo que atañe al Derecho Ambiental, debemos consignar que se registra una nueva regla de carga probatoria dinámica que opera para hacer realidad el principio precautorio estampado en el art. 4 de la ley 25.675 (27). Dicha regla está concebida en los siguientes términos: “corre con el esfuerzo probatorio de demostrar que no existen buenas razones para avalar la sospecha de la posible nocividad de producto o procedimiento de que se tratare, la parte que ha introducido el riesgo y aprovecha el correlativo beneficio económico”(28). En función de dicha regla, será, verbigracia, la empresa telefónica que ha emplazado una antena de telefonía celular ( actividad bajo sospecha de la Organización Mundial de la Salud) la que deberá probar que el referido emplazamiento genera una escasa intensidad del riesgo correspondiente, puesto que no se encuentra en condiciones de demostrar- por ahora, al menos- que carecen de toda nocividad los campos electromagnéticos generados por antenas de telefonía celular.

3.-¿El juez deberá alertar a las partes de que aplicará tal doctrina?

J.W.P Una de las conclusiones del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal reza lo que sigue: “Cuarta conclusión. Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie, entrañar algún riesgo para la garantía de la defensa en juicio. Empero tal aplicación, quedaría coonestada, por construir aquélla un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba, preceptos que pueden y deben meritar los tribunales. Además contribuye en el mismo sentido la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes. Igualmente, la adopción en el futuro de la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar), eliminaría el riesgo indicado. De todos modos, se insiste en la necesidad de formalizar, en cualquier supuesto, una prudente y meditada utilización de la susodicha doctrina.”

La respuesta que se proporcione al interrogante aquí planteado es especialmente acucioso para quienes manejan los códigos procesales provinciales que han instrumentado la llamada audiencia preliminar (verbigracia el C.P.N, el entrerriano), aunque en verdad, reviste importancia también en el caso de todos los cuerpos adjetivos procesales civiles que han omitido regular expresamente a las cargas probatorias dinámicas.

Pensamos, más decididamente que otrora(29), que no procede la advertencia judicial del epígrafe. Es que tal advertencia supone, por ejemplo, que en el caso de una mala praxis quirúrgica algún letrado puede resultar sorprendido de que el magistrado interviniente haga uso de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Dicha ignorancia es hoy impensable. Más todavía: si se invocara la referida sorpresa, su autor, creemos, quedaría incurso en una hipótesis de mala praxis abogadil. Por añadidura y desde otra perspectiva,

se debe señalar que en los tramos iniciales de una causa, frecuentemente no es tarea sencilla definir si alguna de las partes se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinadas circunstancias<sup>(30)</sup>. Es que la fragua del proceso civil- sobre la que tanto insistiera James Goldschmidt con su teoría de las situaciones procesales cambiantes, según fuera el accionar de las partes- torna extremadamente difícil predecir las tareas y roles que les incumbirán a los litigantes durante la tramitación futura del proceso civil correspondiente<sup>(31)</sup>. La admisión de un hecho, por ejemplo, hace desaparecer la carga probatoria que le correspondía a la parte contraria de quien lo admitiera.

#### Notas

- (1) Más precisamente en 1984, año en el cual publicáramos, en coautoría con Julio A. Chiappini “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en *El Derecho*, tomo 107, pág. 1005.
- (2) Peyrano, Jorge W. “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en la Ley 1996-B, pag. 1025 y ss.
- (3) Peyrano, Jorge W., “La contestación de demanda en la hora actual”, en *Jurisprudencia Argentina*, boletín del 23 de Septiembre de 2009, pag. 5. Asimismo, hemos consignado en “El proceso civil: una empresa común”, ,publicado en *La Ley*, boletín del 10 de Febrero de 2011, que se registra una fuerte tendencia “que considera que en los juicios de conocimiento en los cuales el demandado, a todas luces, ha conocido o ha protagonizado la plataforma fáctica alegada por la actora, no puede circunscribirse a negar, debiendo también aportar su propia versión fáctica y luego probar ésta, y si así no lo hiciera, soportará consecuencias desventajosas”
- (4) Peyrano, Jorge W. “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevivientes”, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos Procesales”, tomo I, Rosario 2002, Editorial Juris, pág. 562.
- (5) Ferrer, Sergio y otros autores, “Delimitación de la regla según la cual las mejores condiciones de probar invierten la carga probatoria”, en el libro de Ponencias del XVII Congreso nacional de Derecho Procesal, pag 517 y ss.
- (6) El gran espaldarazo científico de las cargas probatorias dinámicas fue dado por el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Termas de Río Hondo 1993), donde se la calificó como “doctrina recibida”.
- (7) Vide Doctrina Agrupada, por Graciela Di Marco y José Luis Mascali, en “Cargas probatorias dinámicas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2004, Editorial Rubinzal Culzoni pag, 543 y ss.
- (8) 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”, publicada en *Revista de Derecho Procesal* N° 3, Rubinzal-Culzoni.
- (9) *Jurisprudencia Argentina*, 1993- IV-66.
- (10) Art.360.
- (11) Art.377
- (12) Art.382
- (13) Art.340
- (14) Peyrano, Marcos “La Teoría de las cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española, en “Cargas probatorias dinámicas”, pag. 179 y ss.
- (15) Peyrano, Jorge W. y Julio Chiappini “Los lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en *El Derecho*, tomo 107, pag. 1005 y ss.
- (16) Peyrano, Jorge W. “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en “Cargas probatorias dinámicas”, pag 24.
- (17) *Ibidem*, pag. 23.
- (18) Así el art. 340 del novísimo código procesal civil de San Juan, echa mano a tal fundamento.
- (19) Peyrano, Jorge W. “Aproximación a las máximas de la experiencia como su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?” en *Revista de Derecho Procesal* , año 2005-1 editorial Rubinzal-Culzoni, pag 215 y ss.
- (20) Vide el trabajo citado en nota 16.

- (21) Así, por ejemplo, las Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1989 y las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa ( 1991).
- (22) Conf. Jurisprudencia Agrupada ,por Graciela Di Marco y José Luis Mascali, en “Cargas probatorias dinámicas”, pag 637.
- (23) Cárdenas, Héctor, “Las cargas probatorias dinámicas en la ineficacia concursal”, en “Cargas probatorias dinámicas”, pag. 405 y ss.
- (24) Acosta, Daniel, “Cargas probatorias dinámicas y proceso penal”, en “Cargas probatorias dinámicas” , pag. 525 y ss.
- (25) Reyes Oribe, Aníbal y Francisco Iraola, “ Cuestiones procesales en la Ley de Defensa del Consumidor”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 5, editorial Rubinzal- Culzoni , pag 282.
- (26) Conf. trabajo citado en nota 21, pag. 596 y ss.
- (27) Art. 4 de la Ley 25.675: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios (...) Principio precautorio, cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente...”
- (28) Peyrano, Jorge W. “Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal, año 2005-2, pag 328.
- (29) Peyrano Jorge, W “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en “ Cargas probatorias dinámicas”, pag.96.
- (30) Ibídem pag. 96
- (31) Conf. el trabajo citado en nota 4.