

Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos¹

Abraham Luis Vargas²

“El *proceso no es una institución autorreferente*, con fines que se agotan en sí mismos, sino que por el contrario, reviste una naturaleza *instrumental* respecto de los objetivos del *sistema jurídico*, que están plasmados (al menos, muchos de ellos) de modo más directo en las *normas sustanciales*. Un ordenamiento procesal puede ser *muy seguro*, o *muy previsible* y también *muy disfuncional*” (ACCIARRI, Hugo; “Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales”, L.L. 2001-B, 663 y ss.)

“... puede tener más fuerza creadora *el valor persuasivo* que se desprende de los fundamentos de *unas decisiones justas*, que *el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se ha olvidado*” (Puig Brutau, José, "Introducción al derecho civil"; Ed Bosch, Barcelona, 1981, cit. por Morello, Augusto M., "La Prueba. Modernas tendencias", ed. Platense, La Plata, 1991, pág. 81).

“La realidad -como la vida- no está trazada de una vez y para siempre ni de manera uniforme. *El querer abrazar a todos los casos* y manejarlos en *rígidas reglas* se ve que es imposible y si se fuerza a ello, *esa compleja realidad se vengará de las doctrinas y de las normas. Ninguna de ellas, por lo demás, es el final del camino*” (Morello, Augusto Mario; “Distribución de la carga de probar y flexibilización de los principios procesales”, L.L. 2000-F-1362 y ss.)

Sumario: I. Introducción. II. Apertura. 1. Concepto. 2. Caracteres. 3. Contenido. 4. Doctrinas que explican su necesidad y funcionamiento en el proceso civil. 4.1. Históricas. 4.1.1. Jeremías Bentham. 4.1.2. Francesco Carnelutti. 4.1.3. David Lascano. 4.1.4. Eduardo J. Couture. 4.1.5. Michelli. 4.2. Modernas. 4.2.1. Jorge W. Peyrano. 4.2.2. Augusto Mario Morello. 4.2.3. Eduardo Oteiza. 4.2.4. Ricardo Lorenzetti. 5. Finalidad acorde con las garantías constitucionales pertinentes (test de constitucionalidad). 6. Coherencia con los derechos-garantías de la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia e igualdad ante la ley. 7. El derecho-garantía de la defensa en juicio y el momento en que el juez anuncia el desplazamiento de la carga probatoria. 8. Cobertura Axiológica. 9. Hipótesis de falsación. 10. Hipótesis Auxiliares (réplica a los críticos de la teoría). 1. Sobre las Hipótesis Auxiliares. 2. La teoría no afecta el valor “seguridad jurídica”. 3. La teoría también se aplica en el “ámbito procesal penal” (con los reparos y explicaciones pertinentes). 4. La tesis es “nueva” y “argentina”. 5. La respuesta a la descalificación de la concurrencia, colaboración o solidaridad. 6. La respuesta a la crítica al dinamismo. 11. Adhesión doctrinaria. 11.1. Argentina. 11.2. Brasil. 11.3. Uruguay. 11.4. Colombia. 11.5. México. 11.6. Perú. 11.7. España. 12. Aplicación jurisprudencial. 12.1. En Argentina. 12.2. En el mundo. 12.2.1. Latinoamérica. 12.2.1.1. Brasil. 12.2.1.2. Colombia. 12.2.1.3. Venezuela. 12.2.1.4. Uruguay. 12.2.1.5. Perú. 12.2.2. Resto del Mundo. 12.2.2. España. 13. Concreción legislativa nacional e internacional. 13.1. ¿Necesita la teoría ser plasmada en una o más normas legales?. 13.2. En Argentina. 13.2.1. Códigos Vigentes. 1. La Pampa. 2. Formosa. 3. Corrientes. 4. Tierra del Fuego. 13.2.2. Códigos Propyectados. 1. Proyecto de Reforma al art. 377 del C.P.C.C. Nacional. 2. Anteproyecto de C.P.C.C. para la Nación Argentina (Morello, Arazi, Eisner Y Kaminker) 1993. 3. Anteproyecto de C.P.C.C. para La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Morello, Arazi, Kaminker) 1997. 4. Anteproyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Buenos Aires (Morello, Arazi, Kaminker) 1998. 5. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Mendoza (Kemelmajer y

¹ Versión sustancialmente ampliada del trabajo publicado en la obra “Activismo y Garantismo Procesal”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2009.

² Profesor Titular interino –a cargo de la Comisión “G”- de la materia Derecho Procesal Civil en la misma Facultad. Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de Santa Fe (Provincia de Santa Fe, República Argentina)

Poder Judicial). 6. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Chubut (2006-2007). 7. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia De Santa Fe (2007). 13.2.3. Otras Leyes Argentinas (vigentes). 1. Ley de Defensa del Consumidor (22.240). 2. Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (San Juan, 2006). 13.2.4. Otros Proyectos. 1. Código Civil y Comercial Unificado 1998 (sigue al Proyecto de 1993). 2. Proyecto de Ley Nacional de Amparo (2005). 13.3. En Latinoamérica. 1. Brasil. 2. Uruguay. 3. Paraguay. 4. Colombia. 5. Guatemala. 6. Perú. 7. Costa Rica. 8. Chile. 13.4. En Iberoamérica. 1. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004). 2. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988). 13.5. En Europa. 1. España. 2. Francia. 3. Italia. 4. Portugal. III. Cierre

I. Introducción

1. Aún hoy, no deja causar asombro y perplejidad, que los auto-denominados “*garantistas*”³ (en realidad “neo-liberales” o “neo-privatistas”⁴), además de incurrir en algunas descalificaciones “ad hominem” innecesarias y de mal gusto⁵, postulen⁶, incluso con el basamento constitucional del *artículo 18 de la C.N.* (al cual otorgan un lectura, a mi modesto modo de ver, distorsionada por exorbitante) que para ellos pareciera contener, en sí mismo, “toda la Constitución” (lo que les obstaculiza la panorámica

³ Se enrolan en esta corriente de pensamiento, entre otros, en *Argentina*: Adolfo Alvarado Velloso, Omar Benaventos, Federico Domínguez, Andrea Meroi, Eduardo Terrasa, Mario Barucca, Maximiliano García Grande, etc.; en *Perú*, Ariana Deho; en *España*: Juan Montero Aroca y, en *Italia*: Franco Cipriani y Girolamo Monteleone.

⁴ Las *demoledoras* respuestas a las *extrañas argumentaciones* ensayadas por los garantistas fueron dadas en distintos ámbitos y por muchos autores. Personalmente, considero que, *las más contundentes* son las siguientes: TARUFFO, Michele; “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, espigado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 10, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2007, págs. 305 y ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos; “O neoprivatismo no processo civil”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 7, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, págs. 13 y ss.; MONROY GÁLVEZ, Juan F.; “Y al final del día, ¿qué es el garantismo procesal civil?”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 9, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, págs. 7 y ss.; PICÓ y JUNOY, Joan; “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 4, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, págs. 253 y ss.; OTEIZA, Eduardo; “El Juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en Revista de Derecho Procesal, Número extraordinario, 2002, passim.; PARRA QUIJANO, Jairo; “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, ed. Temis, Bogotá 2004, passim.

⁵ Así por ejemplo, Omar Benaventos ha sostenido que “... hoy estamos pensando si las cargas dinámicas en que cada uno quiere llevarse el nomen jure para quedar no se en que gloria procesal. No es una pompa de jabón esa lentjuela, ese espejito que da para traficar pero que no avanza en la ciencia procesal” (BENAVENTOS, Omar; “La carga de la prueba y su variación de oficio por el juez”, conferencia pronunciada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de noviembre de 1999, disponible en Revista Cartapacio, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2004).

⁶ En realidad, *no todos ellos*. Así por ejemplo, no conocemos que se hayan pronunciado en contra de la teoría Ariana DEHO (Perú) o Franco CIPRIANI (Italia). Y, antes bien, Juan MONTERO AROCA no solo no ha censurado la idea central de la misma (*desplazamiento de las cargas probatorias*) sino que, incluso, ha avalado *los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria* que contiene el actual artículo 217 inciso 6° de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española -2000- (ver MONTERO AROCA, Juan; en “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en “La prueba”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 41. Y antes del 2000, *ibidem*, en “La prueba en el proceso civil”, 2da. edición, ed. Civitas, Madrid 1998, pág. 64).

visión⁷ del “*proceso justo*”⁸ dentro del cual cobran relevancia el tan hermoso derecho-garantía a la *tutela judicial efectiva*⁹ –que incluye el de *acceso a justicia*¹⁰ y, fundamentalmente, el *derecho a la prueba*¹¹-, o el derecho de *igualdad ante la ley*¹² -y más propiamente la “*igualdad por compensación*” conforme planteara hace años el maestro Couture¹³-, o el propósito teleológico del constituyente de *afianzar la justicia*¹⁴) que la teoría de las cargas dinámicas probatorias es “*inconstitucional*”¹⁵ pues atenta contra la “*seguridad jurídica*”¹⁶, contra el “*principio dispositivo*”¹⁷, contra la actual concepción del moderno “*proceso penal*”¹⁸ (sistema acusatorio) que, debería ser seguido por los cultores del “proceso civil” por cuanto cualquier teoría del Derecho procesal

⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando; “¿Existen los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales?”, espigado en “Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional”, N° 12, México 2005, *passim*.

⁸ Sobre el “*proceso justo*”: ALCONA, Elvio; “Sul ‘giusto processo’”, versión on line en Internet, que, a su vez cita: “Si vedano, a titolo esemplificativo della più recente discussione sulle ascendenze “culturali” del “giusto processo”, i seguenti studi: E. Amodio, Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa, in Id., Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo, Milano 2003, pp. 131-151; L.P. Comoglio, Le garanzie fondamentali del “giusto processo”, in «Jus», 2000, pp. 335-381; N. Trocker, Il valore costituzionale del “giusto processo”, in Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile. Atti del Convegno dell’Elba, 9-10 giugno 2000, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano 2001, pp. 36-54. Per la tesi assolutamente negatrice, invece, del valore semantico dell’espressione, cfr. P. Ferrua, Il processo penale dopo la riforma dell’art. 111 della Costituzione, in «Questione giustizia», 2000, pp. 49-67, a p. 50.”. Ver también, por supuesto: MORELLO, Augusto Mario; “El proceso justo”, ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2005, *passim*. Ver también, entre otros, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo; “El derecho fundamental a un proceso justo –llamado también debido proceso-”, versión on line en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/busta.htm>.

⁹ Sobre “*tutela judicial efectiva*”, entre otras, puede consultarse la reciente y magnífica obra de MARINONI, Luiz Ghuilherme; “Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva”, ed. Palestra editores, Lima 2007, *passim*. Con anterioridad, me he ocupado de esta temática en los siguientes trabajos: VARGAS, Abraham Luis; “Tutelas diferenciadas”, espigado en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Lima 2003”, ed. Universidad de Lima-Fondo de Desarrollo Editorial, Lima 2003, páginas 319 a 358; “Teoría General de los Procesos Urgentes. Parte I.”, L.L. en LA LEY, 1999-A-872 y ss.; “Teoría General de los Procesos Urgentes. Parte II”, en LA LEY, 1999-B-1237 y ss.; “Tutela judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la Teoría General de las Medidas Autosatisfactivas”, en J.A., entrega del 21.10.1998, págs. 2 a 29; “Tutela Anticipatoria (contribución a su exégesis en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –arts. 65/66-”, espigado en AAVV; “Sentencia Anticipada”, dirigido por Jorge W. PEYRANO y coordinado por Carlos A. CARBONE, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, págs. 541 y ss.; y “Medida cautelar innovativa que <<anticipa>> la tutela definitiva (trascendente y revolucionario fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, en coautoría con el Dr. Gastón ROSENFELD, espigado en Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe, N° 3, Año IX, noviembre de 1998, págs. 36 a 41.

¹⁰ Sobre la *importancia y basamento constitucional* del denominado por Capelletti “*movimiento de acceso a la justicia*”, es innecesario remitir aquí a la innumerable bibliografía mundial al respecto, bastándome citar los siguientes autores de consulta obligada: CAPELLETTI-GARTH, MORELLO y BERIZONCE.

¹¹ El “*derecho a la prueba*” como *garantía constitucional-procesal* de las partes, ha sido excelentemente estudiado por Taruffo en su abundante producción jurídica. En particular, citaré el siguiente pasaje de uno de sus ensayos: “En cuanto al papel de las partes en el litigio civil, debe enfatizarse que todos los sistemas modernos generalmente proveen un conjunto de garantías procesales a los litigantes, a nivel de regulaciones de ley ordinaria, tanto como al nivel de principios constitucionales e internacionales. Garantías como el “derecho a la acción”, el “derecho a un juicio justo” y la “oportunidad de ser oído” se incluyen usualmente en el inventario de derechos fundamentales. Ellos importan que las partes tienen el derecho a acceder al tribunal a efectos de interponer demandas civiles, el derecho a determinar el objeto de las disputas civiles y a perseguir una compensación adecuada, *el derecho a presentar la prueba disponible*, así como el derecho a hacer ver los argumentos legales y fácticos en apoyo de sus respectivas

tiene que poder ser aplicable a ambos procesos¹⁹; y, finalmente, *contra la concepción normativa del artículo 377 del Código Nacional*²⁰ (que, como se sabe, consagra en el ámbito de aplicación de aquél –territorialmente acotado, conforme nuestro sistema republicano y federal, y, así por ejemplo, no se utiliza en la provincia de Santa Fe donde el C.P.C.C. local no contiene disposición alguna que distribuya el onus probandi, dando lugar a que la jurisprudencia haya oscilado entre aplicar la *teoría chiovendana de la cuatripartición de los hechos*²¹ o la *teoría normativa* aludida) *que es, definitivamente, la mejor*²² y la única aplicable *so riesgo de prevaricato*²³, tildándose a la doctrina del

pretensiones. Dentro de este complejo conjunto de derechos, uno particularmente importante es el *derecho a la prueba*. Usualmente se lo define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para *obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros*, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa: en realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas” –las cursivas me pertenecen- (TARUFFO, Michele; “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en Revista de Derecho (Valdivia), V. 15, Nº 12, diciembre 2003, págs. 205-213). Ver también: MORELLO, Augusto M.; “El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual”, L.L. 1988-C-782 donde al hacer referencia al “derecho constitucional a la prueba” deja en claro que éste es “*Fase esencial del debido proceso y del ejercicio cabal de la defensa en juicio, se levanta como el de mayor importancia en la dinámica de la garantía del art. 18 de la Ley Fundamental*” y, también alude a que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que textos expresos de las Constituciones (de la segunda postguerra) de numerosos países, recrea, de continuo, los *principios o reglas relativos a un derecho de prueba funcional*. En los que se recoge, esos datos de la experiencia sociológica y de los actuales requerimientos del tráfico”.

¹² Sobre el “*derecho de igualdad ante la ley*” que proclama la Constitución Nacional (artículo 16), en docente síntesis, el magistrado y doctrinario Galdós ha explicado: “La igualdad ante la ley, derivada de la igualdad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales del hombre, es uno de los grandes principios de la cultura jurídica contemporánea. En una primera aproximación se traduce en la reconocida fórmula de “igual trato ante circunstancias o situaciones iguales”, afirmándose que “no se debe excluir a algunos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” y que “las distinciones que efectúe el legislador en supuestos que estime distintos deben obedecer a una objetiva razón de diferenciación y no a un propósito de persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas”. Es decir “no se impide la distinción razonables entre quienes no se encuentran en las mismas condiciones” (CS --entre muchos otros-- Fallos 184:398; 238:60 --LA LEY, 90-89--; 276:218; 277:357; 278:287; 279:182 --LA LEY, 141-155; 146-686 - 28.850-S--; SC Buenos Aires, Ac. 33.989, 4/6/85, “Soler Ursino, J. c. Federación Médica Provincia de Buenos Aires” --LA LEY, 1986-B, 620 - 37.241-S--; L 32774, 27/4/84, “Rath, Ernesto c. Renzi, Luis s/ diferencia de sueldos”, DJJ, t. 126-41; I 1183, 31/5/88, “Nida S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad” A. y S., 1988-II-300; I, 1181, 16/8/88, “Licade S.A. s/ demanda de inconstitucionalidad” A. y S., 1988-III-131; I 1221, 27/12/88, “Canal 3 de Nueve de Julio S.A. c. Municipalidad de Nueve de Julio s/ demanda de inconstitucionalidad”, A. y S., 1988-IV-786; I 1235, 10/10/89, “Luis Domingo s/ inconstitucionalidad de los dec. 4306 y 7214”, A. y S., 1989-III-733; I 1248, 15/5/90 “Sancho, Héctor E. c. Municipalidad de Lincoln s/ inconstitucionalidad ordenanza municipal 131/85” A. y S., 1990-I-180; I 1226, 18/12/90 “Benegas, Julio s/ inconstitucionalidad”, A. y S., 1990-IV-621; I 1222, 14/5/91, “Garoma, José I. s/ inconstitucionalidad” A. y S., 1991-735; I 1230, 30/4/91 “Vaccare, Horacio A. s/ inconstitucionalidad”, LA LEY, 1992-A, 484 - J. Agrup. Caso 7572; EKMEKDJIAN, Juan Miguel A., “Tratado de Derecho Constitucional”, t. II, p. 140, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994; RECASENS SICHES, Luis, “Igualdad Jurídica”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, XIV, p. 946 y “passim”; BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, t. 1, p. 259, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986; “Derecho Constitucional”, t. 2, ps. 154 y sigtes., Ed. Ediar, Buenos Aires; GARAY, Alberto F., “La igualdad ante la ley” p. 17, 53 y passim, Ed. Abeledo Perrot). Este postulado --de hondo contenido axiológico-- reconoce una larga tradición jurídica nacional a partir de los arts. 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de Buenos Aires, registra

epígrafe como “*exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido*”²⁴.

Evidentemente, y no obstante que se refieren al tema que hizo a Rosemberg famoso en el mundo jurídico entero, y que además, *dicen seguirlo en sus enseñanzas*²⁵, evidentemente estos autores han omitido leer total o parcialmente su obra cumbre (“La carga de la prueba”²⁶) o, en su caso, deliberadamente omiten rebatir, al menos, el siguiente pasaje –que está al inicio de sus reflexiones específicas sobre la distribución del onus probandi–:

“Luego no hay duda respecto de *la necesidad de distribuir la carga de la prueba*, y efectivamente nunca se ha dudado de esto. Sólo la fijación del *límite* entre las

antecedentes extranjeros (la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 afirma: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables". La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 expresa: "Los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común". Ver: EKMEKDJIAN, Miguel A., "Tratado de Derecho Constitucional", t. II, p. 136 y 148 y --entre otros precedentes-- la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 -arts. 1º y 2º-) y --desde la reforma de 1994-- se ha afianzado por la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que lo consagran expresamente (Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 10, 11, 12, 15; Constitución Nacional, art. 16, art. 75 incs. 17, 18, 19, 22, 23; Pacto de San José de Costa Rica --ley 23.054 (Adla, XLIV-B, 1250)-- arts. 1º y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos --ley 23.313-- arts. 21 inc. 1º, 3º, 14 inc. 1º, 26, 27; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales --ley 23.313 (Adla, XLIV-B, 1107)--. art. 2 inc. 2; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer --ley 23.179 (Adla, XLV-B, 1088)-- Ver, además, ley 23.592 (Adla, XLVIII-D, 4179)-- que tutela a los damnificados por actos discriminatorios-- (confr. GOLDENBERG, Isidoro, "Indemnización de daños y perjuicios", p. 369, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993; ley 22.262 de defensa de la competencia --Adla, XL-C, 2521-- (Confr. LORENZETTI, Ricardo L., "Nuevas fronteras del abuso del derecho. Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo", LA LEY, 1995-E, 593)). En definitiva: se vulnera este principio jurídico cuando se trata de modo desigual a los iguales, o se confiere trato igual a los que están en circunstancias distintas, porque lo que se procura es "corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica" (SC Mendoza, sala I, 25/3/96 voto doctora Kemelmajer de Carlucci, 25/3/96, "Sanhueza, Fernando F.", con nota aprobatoria de COLAUTTI Carlos E., "Argentinos nativos o por opción y argentinos naturalizados: una distinción discriminatoria", LA LEY, 1996-C, 525; SC Mendoza, sala I, 4/7/89 "Círculo de Licenciadas en Nutrición y Nutricionistas Soc. Civ. c. Provincia de Mendoza", JA, 1989-IV-254; SC Mendoza, sala III, 23/10/92 "Linares Carosio, Martha D., recurso", JA, 1993-III-149 y ED, 150-251 con nota elogiosa de BIDART CAMPOS, Germán, "La nacionalidad argentina no es requisito constitucional para ejercer el notariado". Ver: ALBANESE, Susana, "La primacía de la cláusula más favorable a las personas", LA LEY, 1996-C, 518; MILLER, Jonathan-GELLI, María A., CAYUSO, Susana, "Constitución y Derechos Humanos", t. 2, ps. 1531 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991; GELLI, María A., "Desarrollo humano, igualdad y constitución" (A propósito del informe sobre desarrollo Humano 1995), LA LEY, 1996-B, 1096). Por ende, y a fines de determinar si una desigualdad es inconstitucional, debe acudirse a la pauta o "test del control de razonabilidad" para verificar si un tratamiento distinto carece de justificación razonable y objetiva, es decir si esa diferenciación persigue un objetivo ilegítimo, o no guarda adecuada proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado (SC Mendoza, sala I, causa "Sanhueza" cit. supra en nota 4; Ver: BADENI, Gregorio, "Reforma Constitucional e instituciones políticas, p. 89, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1994; MORELLO, Augusto M., "Actualidad del recurso extraordinario", p. 264, Ed. Platense, Buenos Aires 1995)" (GALDÓS, Jorge Mario; "El principio 'favor debilis' en materia contractual - Algunas aproximaciones", L.L. 1997-D, 1112).

¹³ COUTURE, Eduardo J.; "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo", en "Estudios de Derecho Procesal Civil", ed. Depalma, Buenos Aires 1978, Tomo I, pág. 288.

¹⁴ Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina. Sobre las *funciones políticas* (Carl Schmitt) e *normativa-integradora* de los Preámbulos, puede consultarse el valioso trabajo de TAJADURA TEJADA, Javier; "La función política de los Preámbulos Constitucionales", espigado en la Revista "Cuestiones Constitucionales" N° 5, julio-diciembre de 2001, págs. 235 y ss. Asimismo y específicamente

pruebas que incumben a una u otra parte ha causado grandes dificultades a nuestra doctrina ... 1. Investigando el fundamento de la distribución de la carga de la prueba en general, se plantea este problema: *¿Por qué no se impone toda la carga de la prueba al demandante y se le imputa la incertidumbre con respecto a cualquier afirmación de hecho importante, tal como ocurre en general al acusador en el proceso penal?. ¿Por qué el demandado tiene que participar en las consecuencias de la falta de prueba?. ...* Para contestar esta pregunta, suele remitirse con razón a las exigencias de la conveniencia y de la *justicia conmutativa*. Pues, efectivamente, *se quitaría de antemano la probabilidad de éxito a cualquier demanda judicial, haciéndola con esto imposible, si se exigiera del demandante toda la prueba*. Se entregaría el derecho a la buena

sobre la “*función normativa*” del *Preámbulo de la Constitución Argentina*, se ha expresado que “Hemos querido detener nuestro análisis en el Preámbulo por entender que constituye la antesala de los derechos, libertades y garantías que plasma nuestra Ley Fundamental, y ostenta un valor jurídico relevante que merece un justo realce. Story expresaba que el Preámbulo revela la intención del legislador, hace conocer los males que ha querido remediar y el fin que quiere alcanzar (Story, Comentarios, citado por Ramella, op.cit., pág. 65). El Preámbulo proclama los objetivos de la Constitución Nacional y resume todo su contenido. “Es una declaración formal y solemne que motiva y otorga fundamento a la Ley Suprema. En tal sentido, constituye expresión del Estado de Derecho en tanto da razón de su origen y fines y liga los detentadores y a los destinatarios del poder con igual fuerza normativa” (Gelli, María Angelica, op.cit. nota 1, pág. 1). El Preámbulo exhibe los principios fundacionales de nuestro Estado que refleja y desarrolla, luego, en las disposiciones de nuestra Carta Magna” (TETTAMANTI de RAMELLA, Adriana; “Evocación del Preámbulo desde una perspectiva jurisprudencial”, en Revista Jurídica, ed. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Buenos Aires), invierno 2005, págs. 209-231)

¹⁵ Adolfo ALVARADO VELLOSO, sostiene que aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas “*no sólo es actitud inaceptable sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio*” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo; su Prólogo al libro de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, pág. 22). Así también lo postula Hugo Botto OAKLEY conforme su conferencia realizada el día martes 18 de octubre de 2005 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello (Chile), versión on line en http://www.unab.cl/fcj/temp/hugo_botto.htm, en la cual postula la *inconstitucionalidad* de varios institutos modernos, entre ellos, el de las *cargas probatorias dinámicas*, indicando, entre otras cosas, lo siguiente: “La lógica y la congruencia así lo recomienda e impone y, en este análisis, no se podrán traspasar los límites de la conceptualización constitucional del Debido Proceso. Resulta evidente entonces que toda institución procesal, para poder superar su análisis de constitucionalidad, deberá respetar la regulación del debido proceso establecido en la Carta Fundamental, de modo tal que los principios procesales antes mencionados, deberán estar incólumes y no podrán ser afectados en forma alguna, por la norma positiva. *Las instituciones procesales mencionadas precedentemente, claramente soslayan aspectos que determinan que sus regulaciones positivas, no soporten el referido análisis de constitucionalidad*”

¹⁶ “Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo por lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y *seguro* juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo; su Prólogo al libro de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, pág. 19). En idéntico sentido, Maximiliano GARCÍA GRANDE ha escrito: “Se dice con frecuencia que el principal fundamento de la teoría de la carga probatoria dinámica *es la aplicación de la justicia de cada caso en concreto*. Entender esto no sólo es erróneo sino peligroso. Si bien no creemos que el juez debe ser el intérprete exégeta de la ley, tampoco podemos caer en el otro extremo de que el juez debe aplicar una regla distinta para cada caso en particular. Es cierto que todos los procesos son diferentes, no por esto la ley debe dejar de cumplir su función preventora. El fin del juez debe ser aplicar la ley o el sentido de ésta (insistimos: sin caer en el extremo de la exégesis), y el fin de la ley recién debe ser la justicia. No puede haber un salto donde el juez esquivé el sentido de la ley buscando el sentido de la justicia. La función de la ley es abstraer, la función del juez es aplicar esa abstracción. La ley realiza un proceso inductivo (en base a la realidad circundante y las necesidades sociales), mientras que el juez cumple con un desarrollo

voluntad del demandado; se llegaría a un estado de *inseguridad jurídica*, que equivaldría a *la falta de toda protección*. El demandado podría privar al demandante de su derecho mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias. *No se puede comparar el estado de cosas en el proceso civil con el existente en el proceso penal*. Pues en este último, el interés de la colectividad consiste en que sólo se castigue al culpable y que, por eso, más vale absolver a diez culpables que condenar a un inocente. En cambio, toda la economía nacional estriba en la seguridad de poder realizar los derechos privados, y la colectividad tiene un urgente interés en que el acreedor no sólo pueda acudir al órgano estatal pidiéndole protección jurídica sino que también pueda obtenerla *sin dificultades demasiado grandes* [...] 2. Otros ven el fundamento de la distribución de la

deductivo, aplicando la ley a casos concretos. Si el juez está habilitado para sentenciar sin atenerse a las normas se debatiría sin reglas fijas. Esto por varios motivos: perdería la norma su función de ser, como dice Couture: "la lucha tiene sus leyes, y es menester respetarlas para que no degenere en un combate primitivo" (COUTURE, Eduardo J., "Sobre el precepto nemo tenetur ædere contra se" en "Estudios de Derecho Procesal Civil", t. II, 1978, Ed. Depalma), *los ciudadanos no sabrían a qué leyes atenerse y no habría seguridad jurídica*" (GARCÍA GRANDE, Maximiliano; "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", L.L. 2005-C, 1082).

¹⁷ Así lo predica, por ejemplo, Omar BENAVENTOS, conforme el siguiente párrafo de su ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal: "*No cabe duda que deben quitarse a los jueces civiles los poderes de investigación y prueba oficiosa o libre manejo de las cargas probatorias*. Sólo procediendo de esta forma se eliminarán las antinomias de jueces probando oficiosamente en lo civil y jueces que no hacen lo propio en los procesos penales. Es que los argumentos para otorgar poderes probatorios oficiosos tienen que ser sustentables y nunca lo han sido. En este sentido, es casi caer en un lugar común afirmar que el objetivo de la jurisdicción es resolver los litigios (civiles o penales) en un tiempo "razonable", accediendo a "la verdad" y consagrando la "justicia" del caso. Pero, a diferencia de los sistemas publicistas que se "desinteresan" o tratan superficialmente la cuestión de la "simetría probatoria" y no se aquejan por las potestades del juez para alterar el régimen de las cargas de la prueba entre ambos fueros, el garantismo se esfuerza por construir un nuevo y más sólido discurso jurídico en este punto. Así, sin olvidar que los conflictos civiles y penales tienen que solucionarse expeditivamente, no admite que el camino sea seguir transitando por la tortuosa senda trazada hasta hoy por la mayoría del procesalismo de la región. Insisto: el garantismo busca uniformar un ideario común en torno a los poderes de los jueces, limitándolos y aplicándolos con simétrica intensidad tanto en el proceso penal como en el proceso civil. Y si de buscar "simetrías" se trata: las hipótesis de trabajo, para lograr esta pretendida "alineación" serían solamente dos: -O se mantiene el sistema mixto (autoritario) para todos los códigos procesales civiles y penales (claro está, ahondando aún más los perjuicios provocados por esa ideología, en especial si tenemos en cuenta la firme doctrina judicial transnacional que es moralmente vinculante para nuestros jueces que considera extendido a todos los fueros el estado de inocencia que goza el imputado en los procesos penales) -o bien dotamos a ambos procesos de un diseño (-garantista/acusatorio para el proceso penal y *plenamente dispositivo para el proceso civil*-)" (Arequipa, Perú - Octubre de 2005, disponible en www.eldial.com).

¹⁸ Se ha dicho, en tal sentido, que "*Primer reparo contra esta teoría*: se resume en el siguiente argumento: la doctrina de las cargas probatorias dinámicas *sólo puede aplicarse, en todo caso, en el derecho procesal civil*. En el derecho procesal penal a partir del "estado de inocencia" del imputado esta propuesta deviene directamente inconstitucional (porque se alzan contra el mismo) y, de suyo, no ha tenido ni tendrá cabida. ... En el proceso penal el imputado, siguiendo la tesis de las cargas probatorias dinámicas, sería -de ordinario- quién se encuentra en la mejor situación para probar como ocurrieron los hechos del ilícito penal que se le imputa. Pero, a partir del principio constitucional que coloca a todo imputado de un delito en "estado de inocencia" aquél que se lo imputa (sea el Estado por medio del Ministerio Público o un particular en los delitos de "acción privada") debe siempre "construir" la culpabilidad del imputado en un proceso. *Luego, la tesis de las cargas probatorias dinámicas queda sepultada en el proceso penal y jamás nadie ha tenido la osadía jurídica de hacerla valer en este fuero*" (BENAVENTOS, Omar; "Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas", ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú - Octubre de 2005, disponible en www.eldial.com).

¹⁹ "*Tengo para mí que cuando se enuncian tesis científicas* (es una propuesta científica el dinamismo probatorio) *estas tesis, deben ser válidas para ser aplicadas en todo tipo de procesos* ... Me apresuro a

carga de la prueba en la *máxima dispositiva*. Esto no me parece acertado. Ya más arriba se trató de demostrar que existe una carga de la prueba y una distribución de esta carga también en los procedimientos sometidos al dominio de la máxima inquisitiva, como en los asuntos matrimoniales y de filiación, en el proceso penal y en el procedimiento de la jurisdicción voluntaria. Por eso, *la máxima dispositiva no puede ser el principio explicativo de la carga de la prueba ...*²⁷ (las cursivas me pertenecen y fueron colocadas ex profeso por su atencencia con lo anunciado en el párrafo anterior).

Como se ve, si el autor alemán hubiera podido escucharlos o leerlos, seguramente *estaría azorado* ante la repetición de ideas que, éstas sí, ya deberían estar *“sepultadas en el olvido”*.

anticiparme a los reparos que podrían deslizar los autores publicistas a la crítica antes expuesta: ¡claro que nadie ha pretendido que esta teoría se aplique al derecho procesal penal, puesto que en el proceso penal el imputado goza de un claro “estado de inocencia”! Pues bien, esta imaginada réplica implicaría “por contrario sensu”, que es en el proceso civil –donde el demandado no gozaría de este estado- (¿) la teoría sí “funciona “y, por tanto, aquí sí es aplicable.... Pues bien, partir de la clara línea doctrinaria sentida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido –insisto- que *el estado de inocencia* (entre otras garantías del debido proceso) *se extiende no solo al proceso penal sino a todo tipo de litigios*, es obvio que para el proceso civil cabe –por idénticos motivos a los alega para el proceso penal- la inaplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias puesto que toda vez que un demandado o imputado deba “construir su estado de inocencia” tal criterio repugna, directamente, el orden constitucional y las garantías mínimas que un imputado o demandado goza en un proceso. Esto explica por que en las modernas codificaciones procesales penales de fines del siglo XX, y las que verán a luz en el siglo XXI, el sistema “mixto” (variar la carga de la prueba y que fuera el imputado –que se presumía culpable- el que demostrara su inocencia) no tiene ya cabida. *La doctrina procesal más prestigiosa del continente logró la descalificación de ese hijo dilecto de la más rancia inquisición* (la que auspiciaba un Juez que alterara el juego defensivo de las partes en un proceso según se libre criterio). *Luego de una titánica batalla, ha triunfado en el proceso penal la tesis garantista. ... Pero extraña (¿o tendenciosamente?) los hacedores de los códigos procesales civiles Latino Americanos “no acusaron recibo” del cambio ideológico* que se viene operando en el proceso penal. Es más: la codificación procesal civil, sostenida por importante doctrina y jurisprudencia continúa siendo “congruente” con el ideario autoritario que todavía alimenta. Resultado: han mantenido férreamente la bondad - en esta área- de la libertad judicial en materia probatoria, y, como una de sus variantes, la libre alteración de las reglas de la carga de la prueba. ... ¿Cómo se ha caído en la esquizofrenia científica de vetar en el campo procesal penal poderes probatorios a los jueces y, a la par, ampliarlos cada vez más en el proceso civil?. *Pues bien, quienes postulan un derecho procesal civil autoritario, con jueces inquisidores y “buscadores de la verdad real” es obvio que no pueden dar una respuesta coherente a las flagrantes contradicciones que vengo señalando.* Luce directamente exótico que a los jueces penales no se los quiera investigando y probando de oficio (y tampoco alterando el régimen de la carga de la prueba) y a los jueces civiles -a la par - se les imponga el deber de investigar y probar oficiosamente o se admita que varíen las reglas de la carga de la prueba establecidas por las leyes procesales.” (BENAVENTOS, Omar; “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú - Octubre de 2005, disponible en www.eldial.com).

²⁰ “En los códigos procesales, *normas del preciosismo técnico* como contenida en el *artículo 377 del Código de la Nación Argentina* expresa con toda claridad: “cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoquen como fundamento de su pretensión, defensa o excepción..”. Sin duda, la claridad de esa regla sobre la carga de la prueba ha significado un extraordinario avance para ordenar la faena probatoria de las partes y una clara directiva emitida al juzgador. Es obvio que las partes deben saber de antemano a quién le incumbe la carga de la prueba de un hecho invocado en el proceso. La incertidumbre sobre quién recae esa carga de probar el hecho constitutivo de la pretensión o de la defensa que se esgrime en un litigio compromete gravemente el derecho de defensa en juicio. Sin embargo, ahora se propone, desde la línea doctrinaria que vengo criticando, la “libre interpretación judicial” de *esa clara y preciosa regla* que distribuye la carga de la prueba entre los que hubieran invocado hechos favorables (constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos) como presupuesto de su pretensión o defensa. La idea de las “cargas probatorias dinámicas” es reemplazar esta concepción, insisto, *de impecable factura técnica y robusto sostén*

2. Va de suyo que, aunque en el presente trabajo demostraré que la *teoría* de marras es “*nueva*”, “*argentina*” y “*aplicable*”²⁸; ello se devengará como un simple aspecto *secundario* –incluso no querido por el autor de estas líneas- del abordaje que verdaderamente interesa: o sea el *científico-procesal*.

3. En realidad, también podría sustentarse –seriamente, por cierto- que *toda esta monografía* es, en cierta forma, *inútil*.

Es que, a mi modo de ver, la *justificación, consagración y utilidad* de la misma está *fuera de toda duda* para la *casi totalidad* de los procesalistas; por lo que, es poco lo que este humilde escritor puede aportar, a salvo, quizás, la *sistematización del trabajo* y las *fuentes de información* aportadas.

constitucional, por un sistema mucho más voluble, contingente, e imprevisible para las partes” (BENAVENTOS, Omar; “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú - Octubre de 2005, disponible en www.eldial.com)

²¹ PEYRANO, Jorge W.; “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirigido por el mismo y coordinado por Roberto A. Vázquez Ferreyra, ed. Juris, Rosario 1996, Tomo I, pág. 461.

²² “... h) a cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a que atenerse. En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia, generando así algunas veces un caos evidente que resulta imposible de soportar. A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada precedentemente en el punto h), generadora de reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento non liquet” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “El debido proceso de la garantía constitucional”, ed. Zeus, Rosario 2003, págs. 188/189. También en su Prólogo al libro de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, pág. 14).

²³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo; su Prólogo al libro de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, pág. 20, donde indica que “Sin embargo, actualmente tal doctrina (se refiere a la de las cargas probatorias dinámicas) ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer una tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse postmodernista, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procesales según sus propias opiniones –haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países- y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia probatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la facilidad o de la mejor posibilidad de probar. Con estos alcances es que se habla hoy de las cargas dinámicas probatorias que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato” Y, luego de citar el mencionado artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, termina indicando que “Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las cargas probatorias dinámicas no puede coexistir con la norma pretranscripta, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema. En definitiva: la ley –y solo la ley, nunca la jurisprudencia- es la que regula todo lo referente a la incumbencia probatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del onus probandi a discreción y una vez que el pleito ha finalizado” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “El debido proceso de la garantía constitucional”, ed. Zeus, Rosario 2003, págs. 198/199).

²⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “El debido proceso de la garantía constitucional”, ed. Zeus, Rosario 2003, pág. 196 y también en su Prólogo al libro de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas

Por lo tanto, lo que pretende lograr *alguna porción numéricamente insignificante de respetable doctrina*, al descalificarla, no es más que un intento de querer “*tapar el sol con un dedo*” (metafóricamente hablando), esfuerzo que –estimo– es digno de mejores empresas.

II. Apertura

Luego de provocar una verdadera *revolución científico-procesal*²⁹ allá por la década de los años 80, esta altura de su evolución histórica la “teoría” de las “cargas probatorias dinámicas”³⁰ ha adquirido la necesaria *madurez*³¹ que le otorga tener un *concepto* definido, *caracteres* que perfilan su fisonomía, un *contenido* amplio pero de todas maneras claro, *doctrinas* que explican su necesidad y funcionamiento en el proceso civil vigente y proyectado, una *finalidad* acorde con las garantías constitucionales pertinentes (me refiero a la tutela judicial efectiva, al acceso a la justicia, a la igualdad por compensación y, aún, al derecho de defensa en juicio, entre otras), una *cobertura axiológica* adecuada que es coherente con el ethos social de esta época histórica, las correspondientes *hipótesis de “falsación”*, las “*hipótesis auxiliares*” que forman el cinturón de protección de su núcleo duro, la *adhesión doctrinaria* de la mayor y más calificada corriente procesalística mundial, la *aplicación jurisprudencial* de múltiples tribunales a lo largo y a lo ancho de su país de origen (Argentina) así como –en otras variantes– en la mayor parte de los países de Latinoamérica y Europa y, finalmente, como era lógico de esperar, la *concreción legislativa nacional e internacional* que no hace más que reflejar en la normativa respectiva un fenómeno jurídico no solo *necesario* sino claramente *paradigmático*³² en el crucial capítulo de la “Prueba” dentro del panorama del Derecho Procesal actual.

probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, pág. 19.

²⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo; su Prólogo al libro de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, pág. 14. Ibidem: BENAVENTOS, Omar; “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú - Octubre de 2005, disponible en www.eldial.com. Ibidem: GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, L.L. 2005-C, 1082.

²⁶ ROSEMBERG, Leo; “La carga de la prueba”, ed. EJE, Bs. As. 1956, *passim*.

²⁷ ROSEMBERG, Leo; “La carga de la prueba”, ed. EJE, Bs. As. 1956, págs. 84/85.

²⁸ A contrario de lo que sostuvo un novel autor (en ponencia que realizó siendo estudiante de derecho, pero que, no obstante ello recibió el espaldarzo de toda la doctrina “garantista” e, incluso, la publicación de la misma en la prestigiosa revista argentina La Ley -bajo el título “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”-). Me refiero a GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables”, su ponencia en el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, que obtuvo el premio “Humberto Briseño Sierra” a la mejor ponencia.

²⁹ KHUN, Thomas; “¿Qué son las revoluciones científicas?”, ed. Fondo de Cultura Económica, México 1989, *passim*.

³⁰ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias <<dinámicas>>”, E.D. 107, págs. 1005 y ss.

³¹ LEGUISAMÓN, Héctor E.; “La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas”, publicado inicialmente en “Temas de Derecho Procesal”, Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal, N° 2, mayo del año 2000 y luego reproducido en el libro “Cargas probatorias dinámicas”, dirigido por Jorge W. Peyrano y coordinado por Inés Lépori White, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, págs. 109 a 124.

³² KHUN, Tomas S.; “La estructura de las Revoluciones Científicas”, ed. Fondo de Cultura Económica, México 1971, pág. 165.

Atento a lo expuesto, no caben dudas de que nos encontramos frente a una “teoría” que reúne las características que exige la moderna *ciencia* del Derecho Procesal.

Desde esa perspectiva, a partir de aquí, me ocuparé de abordar sus *perfiles* más relevantes.

1. Concepto

Tengo para mí que -más allá de los primeros “lineamientos” que hicieron Peyrano y Chiappini en aquél famoso opúsculo en el cual se presentó la teoría ante la sociedad científico-procesal argentina, las preciosas descripciones que al respecto esbozaron, entre otros, el Maestro Morello o, aún, la concreción legislativa que ya ha tenido la teoría- la formulación acabada del concepto de “cargas probatorias dinámicas” tiene lugar en los años 1992-1993 en dos encuentros ya famosos de la procesalística argentina.

En efecto, y como se recuerda, en la ciudad de Junín (Provincia de Buenos Aires) en el año 1992 se llevaron a cabo las *V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*, en la ciudad de Junín, y una de sus conclusiones fue la siguiente: “Las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba, que no obstan a la iniciativa probatoria del tribunal, deben ser preservadas como vigas maestra en la materia, sin perjuicio de su prudente *flexibilización* para mejor adaptarlas a las *circunstancias del caso*. A tal efecto, puede ser útil, entre otros recursos, someterlas también a las *reglas de la sana crítica* como, por ejemplo, lo dispone el Código General del Proceso de Uruguay. La llamada *doctrina de las cargas probatorias dinámicas* puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en *determinadas situaciones* en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un *desplazamiento del onus probandi*, según fueran las *circunstancias del caso*, en cuyo mérito aquél puede recaer, v.gr., *en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas*, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos” (las cursivas me pertenecen).

A su turno, en los días 19 al 22 de mayo de 1993 se celebra en la ciudad de Termas de Río Hondo (Provincia de Santiago del Estero) el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, del cual surge la siguiente declaración: “1 -- La temática del *desplazamiento de la carga de la prueba* reconoce hoy como *capítulo* más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada *doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción. 2 -- 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 aquélla arroja *consecuencias manifiestamente disvaliosas*. Dicho apartamiento se traduce en *nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria* ceñida 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 aquélla* 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. 3 -- *Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que pueden interpretarse de manera flexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso.* 4 -- 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 defensa en juicio. Empero, tal aplicación quedaría cohonestada por constituir aquélla un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba; preceptos que pueden y deben merituar 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 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” (las cursivas me pertenecen).

2. Caracteres

A la luz de estas declaraciones proferidas en excelsos ámbitos científicos de reflexión, podemos considerar que los caracteres que identifican a la teoría de las cargas probatorias dinámicas son los siguientes:

a) configuran *una especie* dentro del género “desplazamiento de las cargas probatorias”³³ (que, por supuesto, incluye *otras conocidas figuras*³⁴).

b) reconocen la vigencia de las *normas generales clásicas (rígidas)* sobre distribución del onus probando como “principio general” y, expresamente, asumen que solo corresponde acudir a ellas de manera “*excepcional*” frente a la situación en que la aplicación de aquellas *normas legales* (típicas o rígidas) sobre la distribución de la carga de la prueba, arroja *consecuencias manifiestamente disvaliosas*.

c) en el caso excepcional en que se estime su aplicación (reitero, subsidiaria de las normas rígidas o típicas que arrojan un resultado manifiestamente disvalioso), importan *un desplazamiento del onus probandi* conforme a las especiales *circunstancias del caso*.

d) el *elenco* de las mismas *es amplio y variado*, y es por eso que, como se declaró en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal entre las referidas nuevas reglas *se destaca aquélla* –por ser la más difundida, usada³⁵ y hasta aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁶- consistente en hacer recaer el onus probandi

³³ PEYRANO, Jorge W.; “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 153, págs. 968 y ss.

³⁴ v.gr. presunciones legales, presunciones hominis, inversión legal o jurisprudencial del onus probandi, reducción de los estándares o módulos de prueba, etc.

³⁵ Conforme Peyrano, Jorge W.; “Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal 2005-2, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, págs. 323 y ss.

³⁶ C.S.J.N., fallo del 10.12.1997 in re “Pinheiro” (Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715).

sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

e) modernamente, justifican la adjudicación dinámica aludida, la mayor *facilidad probatoria* y la *disponibilidad de los medios probatorios* en que se encuentre la parte a la que originariamente -y según las reglas típicas, rígidas o legales- no le correspondía la carga subjetiva de la prueba.

f) además de ser *norma legislativa* expresa en muchos lugares del país y del mundo, para el caso de que los ordenamientos jurídico-procesales no la contemplen, igualmente son aplicables (siempre excepcionalmente) pues –al menos en Argentina- constituyen “*doctrina recibida*” (esto es, son fuente de derecho).

g) son aplicables “*de oficio*” (lo que no obsta a que las partes “insten” o argumenten en su favor), más allá de que se discuta el momento en que corresponde hacerlo.

h) su ideario ha permitido una vasta expansión a todas las ramas del derecho y, así, se comprueba su *aplicación jurisprudencial* por innumerables tribunales de todas las instancias en el nuestras tierras y en el resto de las naciones latinoamericanas y europeas.

3. Contenido

Como ya vimos, la *teoría* de las *cargas probatorias dinámicas* se abastece de *variadas reglas* en enumeración abierta -o sea no taxativa-.

Ello, claro está, no cualquier regla puede pretender ingresar a este catálogo sino, solo aquellas que, soporten el test de su justificación en la *dificultad probatoria* de una de las partes para producir una prueba que haga a su interés, y en la *facilidad probatoria* de la otra para allegar la misma al proceso³⁷.

³⁷ Explica Peyrano que “El concepto de *facilidad probatoria* ha sido recogido por la reciente reforma procesal civil española y por el Proyecto del Código Modelo para Iberoamérica en materia de procesos colectivos diseñado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, como denominación de recambio de lo que en Argentina conocemos como “*doctrina de las cargas probatorias dinámicas*” – de amplia difusión doctrinaria y jurisprudencial o visión solidarista de la prueba. Ciertamente es que dicha doctrina fue concebida como un mecanismo de *flexibilización* de interpretaciones *rígidas* del mecanismo de distribución del *onus probandi* que determina que –frente a circunstancias excepcionales, cual es el caso de una mala praxis médico quirúrgica- la carga de la prueba del factor de atribución venga a recaer en la parte invocante sobre la que normalmente no recaía. Mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica –entre las cuales se encuentra aquella que establece que lo diferente se debe valorar distinto- se otorga aval a dicha distribución atípica del *onus probandi* que encierra la doctrina de las cargas probatorias dinámicas [...] ‘*Mayor facilidad probatoria*’ y ‘*disponibilidad de los medios probatorios*’ son, pues y a nuestro entender, las razones de ser últimas que fundamentan el grueso de las soluciones vigentes que dominan la distribución del *onus probandi*. Y decimos ‘el grueso’ porque todo lo vinculado con el *onus probandi* reconoce excepciones, como se ocupa de destacarlo la doctrina autorral. Para concluir, algunas aclaraciones. No pretendemos con lo anterior proponer a los conceptos referidos como núcleo central de la distribución del *onus probandi*. Nuestro propósito es mucho más modesto: procuramos desentrañar cuáles son –en líneas generales- los motivos que funcionan como ‘premisa inarticulada’ y no totalmente percibida, de los mecanismos vigentes de reparto de los esfuerzos probatorios. Tampoco pretendemos exaltar las bondades de un mecanismo en particular, ni denostar las prendas de algún otro. De igual modo, no hemos querido defender la exactitud irrestricta de la regla áurea ‘quien afirma, prueba’ puesto que, v.gr., si quien afirma disfruta en su favor una presunción legal, no debe probar. En realidad –insistimos en ello- nos hemos circunscripto a intentar revelar las razones de ser últimas de las construcciones jurídicas más aceptadas y usadas en la materia, y nada más. Sucede que en la actualidad, novedades legislativas y doctrinarias han sacado del cono de sombras donde se encontraba *al concepto de “mayor facilidad probatoria”*, transformándolo –eso sí, de manera excepcional- en una nueva pauta distributiva del *onus*

La más conocida de ellas, es aquella que predica que corresponde hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

De todas maneras, la doctrina y la jurisprudencia argentina han incluido dentro del inventario aludido a muchas otras que, antes bien, encuentran quizás su fundamento en otras *máximas de la experiencia* o en las *reglas de la sana crítica* pero que, al final, y aunque no convalidemos su “pureza técnica” (pues su fundamento no radica en los criterios aludidos en el párrafo anterior), igualmente llegan al resultado propuesto: la justificación de un *apartamiento excepcional* de las *rígidas reglas de distribución del onus probandi* y su *desplazamiento dinámico* a la parte a la cual originariamente no le estaba adjudicado.

Un ejemplo de lo precitado, es el catálogo que hace Kiper en un voto que emitió como Juez de la Sala H de la Cámara Nacional Civil, en el cual expresó que “La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida por la doctrina de la siguiente forma: *ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc.*”³⁸.

Como se ve, varias de estas reglas derivan de *máximas de la experiencia* o del razonamiento conforme la *lógica* o, en definitiva, del postulado de la *sana crítica*. Así por ejemplo, las que indican que corresponde la carga de la prueba a *quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas* o a *quien quiera innovar en la situación de su adversario*³⁹ o a *quien afirme hechos anormales*.

probandi. El fenómeno es interesante y elogiado porque flexibiliza la rigidez que estaba dominando el sector de la valoración de la prueba, aportando una visión más ceñida a las circunstancias del caso. Pero dicha aparición no puede hacer perder de vista que resulta inconveniente edificar una construcción tan delicada como la distribución del *onus probandi* sobre conceptos un tanto subjetivos y con una abundante dosis de discrecionalidad. Los aceptamos como válvula de escape del sistema, y así lo han regulado las legislaciones locales que como la correntina y la pampeana se han decidido a incorporar a la ‘*carga probatoria dinámica*’ como pauta excepcional de asignación del *onus probandi*. Como ya hemos expresado, dicha doctrina gira sobre el concepto de ‘*mayor facilidad probatoria*’” (PEYRANO, Jorge W.; “Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios”, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006)

³⁸ Voto del Dr. Kiper como juez de la Sala H de la Cámara Nacional Civil, in fallo del 9.2.2006 in re “Schoenfeld, Karin Susana c/Mitsu Car SA y otros s/daños y perj”, espigado en www.eldial.com.

³⁹ “Es un principio de razón y de seguridad social a un tiempo mismo *que el que quiera innovar* debe demostrar que es fundada su pretensión” (BONNIER, Eduardo; “Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal”, traducido por D. José Vicente y Caravantes, 5ta. Edición, ed. Reus, Madrid 1928, pág. 42).

4. Doctrinas que explican su necesidad y funcionamiento en el proceso civil

4.1. Históricas

4.1.1. Jeremías Bentham

En su famoso “Tratado de las pruebas judiciales” (publicado originalmente en 1823), Bentham abordó el problema de la carga de la prueba, en particular, preguntándose ¿sobre quien debe recaer?”.

Y, lo respondió de la siguiente manera: “Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. *La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.* [...] Pero –se dirá– es a la parte que inicia el juicio, que formula la *alegación*, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas”⁴⁰ (las cursivas me pertenecen).

Sin embargo –y esta cita ha sido expresamente mutilada en los escritos de algún novel autor⁴¹ que imputa a Peyrano no ser el inventor de la teoría, olvidando que el nomen iuris es de su exclusivo cuño y que, por lo demás, tal carácter le es reconocido incluso por la doctrina extranjera⁴²– el mismo Bentham reconocía que “No obstante, hay que convenir que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. ¿Por qué principalmente interesada?. Porque en el caso que una alegación no sea creída, sobre ella recaerán las consecuencias desagradables de no haberlo conseguido. Es pues, el demandante quien siempre se presenta primero a nuestras miradas, ya que es él quien corre el mayor riesgo. ¿Por qué?. Porque se espera siempre que, por su parte, tenga algo que probar y que si no prueba nada puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor; mientras que por parte del *demandado* puede suceder que salga de la lucha con éxito, sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante”⁴³.

Es decir que, a esta breve descripción de una aspiración de deseos de Bentham no puede dársele el carácter de “teoría”⁴⁴ y, además, constituye un grave equívoco sostener (sin cotejar las fuentes respectivas⁴⁵) que “El instituto (¿?), lejos de

⁴⁰ BENTHAM, Jeremías; “Tratado de las pruebas judiciales”, ed. Librería El Foro, Buenos Aires 2003, págs. 406/407.

⁴¹ GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, págs. 45/46.

⁴² Ver infra la cita de autores brasileros, colombianos, peruanos, etc., etc.

⁴³ BENTHAM, Jeremías; “Tratado de las pruebas judiciales”, ed. Librería El Foro, Buenos Aires 2003, pág. 408.

⁴⁴ Al menos conforme la concepción científica de “teoría” que es la que abordamos en este trabajo según sus distintos contenidos.

⁴⁵ Pues ni en la Inglaterra de Bentham ni en la Alemania de aquella época la “aspiración” de Bentham se vio plasmada en norma alguna o en aplicación jurisprudencial de la que tengamos noticia según las fuentes a nuestro alcance en este momento. En particular, sobre la trascendencia de la regla *onus*

quedarse en suelo británico, cruzó aguas septentrionales y llegó a Europa continental, principalmente a Alemania [...] Entonces, lejos está la carga probatoria de tener origen en Argentina. Más allá de las críticas que haremos luego, es un deber desmitificar el nacimiento de esta doctrina, debido a que erróneamente se cree que esta teoría surgió en un juzgado de provincia argentino, para terminar exportándose a Europa, trascendiendo las fronteras jurídicas ...”⁴⁶.

4.1.2. Francesco Carnelutti

El eminente profesor de la Universidad de Milán, en una de las obras cumbres del pensamiento jurídico, abordó el tema conforme la siguiente exposición: “Pero, ¿cuál de las dos partes soportará el riesgo de la falta de prueba?. Parece fácil responder que dicha parte será aquella que tenga interés en aportar la prueba. La respuesta no sería, sin embargo, satisfactoria, porque mientras el *interés en cuanto a la afirmación es unilateral*, ya que cada parte tiene sólo interés en afirmar los hechos que constituyen la base de su pretensión o excepción, el *interés en cuanto a la prueba es bilateral*, ya que una vez afirmado un hecho, cada una de las partes tiene interés en proporcionar la prueba acerca del mismo: una tiene interés en probar su existencia y la otra su inexistencia. La experiencia del proceso muestra ejemplos de este doble interés en antítesis, *en el concurso de la prueba y de la contra prueba* (*infra*, núm. 284), frecuentísimo en materia testimonial e indiciaria; mientras el actor realiza la prueba de que el contrato se ha celebrado, el demandada intenta probar que no se celebró; mientras el demandado ofrece la prueba de que ha pagado, el actor ofrece la prueba de que no le ha pagado, etc. Por tanto, no serviría poner la falta de prueba a cargo de la parte que tiene interés en probar, puesto que este interés, aun cuando en direcciones diametralmente opuestas, lo tienen ambas partes. Para hacer funcionar la carga de la prueba, es decir, para hacer gravitar sobre cada una de las partes las consecuencias de su inacción en materia de prueba, precisa, pues, escoger entre las partes, a base de un criterio distinto del del interés en la prueba, a cual deba perjudicar la falta de prueba. En sentido estrictamente lógico, podrían servir los criterios más diversos, siempre que poseamos aptitud para distinguir la situación de las dos partes frente al hecho: por ejemplo, en ese sentido no habría nada que replicar a la opinión, que, sin embargo, es falsa tanto en el campo del Derecho constituido como en el de la política legislativa, según la cual la falta de prueba habría de perjudicar a la parte que tenga interés en aportar la prueba positiva (en probar la existencia del hecho) y favorecer a la que tenga interés en aportar la prueba negativa (en probar su inexistencia}. Pero desde un punto de vista teleológico, teniendo en cuenta la finalidad del proceso, es evidente que el criterio ha de escogerse, no ya con referencia a su idoneidad para distinguir las partes respecto del hecho, sino también con referencia a la conveniencia de estimular a la prueba *a aquella de ellas que más probablemente esté en condiciones de aportarla*, y, por tanto, a base de una *regla de experiencia* que establezca *cual de las partes esté en mejores condiciones a ese efecto*. Sólo así la carga de la prueba constituye un instrumento para

probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat en el derecho común inglés (*common law*) puede consultarse BONNIER, Eduardo; “Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal”, traducido por D. José Vicente y Caravantes, 5ta. Edición, ed. Reus, Madrid 1928, pág. 53.

⁴⁶ GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, L.L. LA LEY 2005-C, 1082 y ss.; *ibidem*, en “Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad”, ed. Juris, Rosario 2005, pág. 46.

alcanzar la finalidad del proceso, que no es la simple composición, sino la composición *justa* del litigio: por ello reacciona sobre *la parte que pueda aportar una contribución más útil a la convicción del juez ...*⁴⁷ (algunas de las cursivas me pertenecen, otras están en el texto original).

Ahora bien, tampoco el genial maestro italiano alcanza a sentar las bases de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ya que, a renglón seguido termina por aceptar –dogmáticamente– que: “El criterio que nuestra ley adopta para distinguir a cual de las partes incumbe la carga de la prueba de una afirmación, descansa en el *interés en cuanto a la afirmación misma*. La carga de probar recae sobre quien tiene el interés de afirmar; por tanto, quien propone la pretensión, tiene la carga de probar los hechos constitutivos, y quien propone la excepción, tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas (*supra*, núm. 23). Este es un criterio coherente con el contenido del litigio, puesto que se funda en la diferencia entre *defensa* y *excepción* (*supra*, núm. 126); es, además, un criterio sugerido por una regla de experiencia, puesto que casi siempre aquél a cuyo favor un hecho constituye la base de una pretensión o de una excepción, se procura la disponibilidad de los medios necesarios para demostrarlo; así quien da dinero a préstamo, difícilmente olvida proveerse de un documento o por lo menos de un testimonio apto para demostrar este hecho constitutivo de su pretensión de restitución; y, asimismo, quien lo restituye, difícilmente omitirá exigir el recibo o procurarse un testimonio para estar en condiciones, llegado el caso, de demostrar el hecho extintivo de su obligación y, por tanto, el fundamento de su excepción; si uno y otro se atreven a entregar el dinero sin tales precauciones, ello significa, según la experiencia, que tienen motivo para contar con la honradez de su contratante, hasta el extremo de no temer que niegue el hecho ocurrido; según la experiencia, pues, si el mutuante no está en condiciones de apoyar con la prueba su pretensión de restitución, o si el mutuario no lo está de aportar la prueba de su excepción, existen las mayores probabilidades de que la entrega del dinero por parte del uno o del otro no haya tenido lugar. Cuando más adelante afrontemos el problema de las reglas legales de prueba, se comprenderá mejor que la utilidad de este principio no se desvanezca en los casos especiales en que el desenvolvimiento de los hechos no sea conforme al normal. Este principio se establece por el art. 1312 Cód. Civ., según el cual, “quien demande la ejecución de una obligación, habrá de probarla, y quien pretenda estar liberado de la misma, tendrá a su cargo probar el pago o el hecho que haya producido la extinción de su obligación”. El texto dicta una norma especial para las *pretensiones obligatorias* y para las *excepciones extintivas*, pero la ciencia del Derecho, unánime, hasta el punto de que toda demostración sería aquí superflua, extrae de él un principio general, que puede ser enunciado como sigue: <<*quien propone una pretensión en juicio, ha de probar los hechos que la apoyen; y quien opone una excepción, tiene por su parte que probar los hechos de los que resulte*>>. O en otros términos: *quien pretende*, ha de probar el *hecho o hechos* constitutivos, y quien *excepcional*, el *hecho o hechos extintivos y la condición o condiciones impeditivas*⁴⁸.

4.1.3. David Lascano

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco; “Sistema de Derecho Procesal Civil”, ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires 1944, Tomo II, págs. 94/95.

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco; “Sistema de Derecho Procesal Civil”, ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires 1944, Tomo II, págs. 96/97.

Otro esbozo interesantísimo (esto es, contra las reglas rígidas de distribución de las cargas probatorias) fue, en su momento, el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial (1935) de David Lascano.

Veamos entonces la relación que hace Morello “Es indudable -expresaba el maestro de La Plata- que no deja de tener ventajas la consagración de una regla general al respecto [acerca de la distribución de la carga de probar] porque si ella determina con precisión a quién incumbe la prueba en cada caso, se aclara la situación de las partes y se simplifica considerablemente la misión del juez. Es por eso que en todas las épocas las leyes y la doctrina han procurado encontrar la fórmula general aplicable a todos los juicios”. Para agregar: “pero por más que algunas doctrinas son seductoras y reconocen un fondo de verdad, no por ello escapan a fundadas objeciones. Tanto es así que puede afirmarse que hasta el presente [1935] no se ha dado con el principio general y absoluto capaz de salvar todos los inconvenientes que el problema presenta. En la práctica, cualquiera que sea el principio consagrado en la ley, las partes hacen su composición de lugar frente a la prueba, según el interés que tengan en que se reconozcan los hechos invocados (Carnelutti, “Lezioni”, t. II, p. 346)”. Y concluía: “varios factores condicionan la conducta de las partes frente a la prueba e igualmente al juez que no podrá atenerse siempre a un principio fijo e inalterable, porque en situaciones especiales, sean de orden legal o simplemente de hecho, se apartará momentáneamente de esos derechos. Por esas razones el Proyecto [1935] guarda silencio respecto de quién debe cargar con la prueba”⁴⁹.

La influencia de estas ideas, calaron hondo en los procesalistas santafesinos Eduardo Carlos y Miguel Angel Rosas Lichtschein, toda vez que éstos⁵⁰, al elaborar en 1962 el que es todavía hoy Código Procesal Civil y Comercial vigente en la Provincia de Santa Fe (República Argentina) *no incluyeron* en el cuerpo legal citado *norma alguna de distribución de la carga probatoria*.

No obstante ello, como anota con profundo conocimiento Peyrano⁵¹, los tribunales santafesinos históricamente adoptaron como “regla” de distribución del onus probandi la Teoría de Giuseppe Chiovenda⁵² (y no, como ocurre en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la teoría normativa de Leo Rosemberg⁵³).

4.1.4. Eduardo J. Couture

Como se sabe, el maestro uruguayo proyectó en 1945 un Código de Procedimiento Civil para su nación. En el mismo, y sobre la distribución de la carga de la prueba incluyó la siguiente norma: “Sin perjuicio de la aplicación de las normas

⁴⁹ LASCANO, David; Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial, Exposición de Motivos, Revista de Derecho Procesal (A.), Buenos Aires, 1954, 2ª parte, ps. 173 y 174; apud MORELLO, Augusto Mario; “Distribución de la carga de probar y flexibilización de los principios procesales”, L.L. 2000-F, 1362.

⁵⁰ Forzoso es indicar que, aunque estos eminentes procesalistas fueron el alma mater de la misma, la Comisión Reformadora del C.P.C.C. santafesino de 1962 estaba también integrada por Carmelo Piedrabuena, Armando W. Medrano, Aparicio A. Monje, Domingo L. Rabbi y Decio Carlos Ulla (ver CARLOS, Eduardo B. y ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Angel; “Explicación de la reforma procesal (ley 5531)”, ed. Belgrano, Santa Fe 1962, *passim*).

⁵¹ PEYRANO, Jorge W.; “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirigido por el mismo y coordinado por Roberto A. Vázquez Ferreyra, ed. Juris, Rosario 1996, Tomo I, pág. 461.

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe; “Principios de derecho procesal civil”, ed. Reus, Madrid, Tomo II, pág. 250.

⁵³ ROSEMBERG, Leo; “La carga de la prueba”, ed. EJE, Bs. As. 1956, *passim*.

precedentes (referidas a la regla sobre carga de la prueba), los jueces apreciarán, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente (*sana crítica*), *las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba*”.

Como apunta Arazi⁵⁴, la idea terminó siendo plasmada muchos años después cuando se sancionó el Código General del Proceso del Uruguay que en su artículo 139.2 contiene la siguiente disposición: “La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las *reglas de la sana crítica*, de las *omisiones o deficiencias* de la prueba”.

A su turno, también fue fuente del artículo 375.2 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego, e Islas del Atlántico Sur⁵⁵ y del artículo 367 del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de los Dres. Morello, Eisner, Kaminker y Arazi⁵⁶.

4.1.5. Michelli

Fue este destacado procesalista italiano quien, en su logrado y famoso libro, advirtió a la comunidad jurídica mundial acerca de que el planteamiento tradicional de la carga de la prueba vino a configurar lo que el denomina un “*dogma*” que, para peor, parece ser “*algo inmutable, casi como si derivase directamente de los principios de la lógica natural*”⁵⁷ citando incluso a Pescatore⁵⁸ que ya en 1864 había postulado que la regla general de distribución del onus probandi tenía –incluso– un fundamento *ius*

⁵⁴ ARAZI, Roland; “Teoría general de la prueba. La carga probatoria”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005, reproducida en www.eldial.com.

⁵⁵ 375.1. “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”.

375.2. “La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”.

⁵⁶ Art. 367 - Carga de la prueba. Deberes del juez – 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 e invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez deberá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. En los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales de orden penal, para el esclarecimiento y averiguación de los hechos en el sumario del proceso penal, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal. 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 controvertidos* o sí, *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 tribunal*, ni a la *apreciación, conforme con las reglas de sana crítica, de las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida*. El juez o tribunal indicarán, concretamente, cuáles medios de prueba relevantes o de significación fundan principalmente su decisión. A falta de reglas generales expresas, el juez o tribunal, aplicarán las de la experiencia común extraídas 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.

⁵⁷ MICHELLI, Gian Antonio; “La carga de la prueba”, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, pág. 3.

naturalista (y pensar que hoy se acaba de predicar lo mismo pero ahora respecto de la teoría de las cargas probatorias dinámicas⁵⁹).

Ello así, y luego de estudiar el fenómeno germano, donde la doctrina, la jurisprudencia y fundamentalmente el legislador, *son renuentes a la fijación de reglas rígidas* de distribución de la carga de la prueba (tendencia que influyó, por ejemplo, en la Codificación procesal de la Provincia de Santa Fe –donde *no existe ninguna norma* que fije el reparto del onus probandi-), concluye afirmando que “se debe constatar que, desde el punto de vista genético, la disciplina directa de la hipótesis tiene lugar cuando en el momento del reconocimiento de la tutela jurídica en el proceso, cuando el juez, a base de reglas de la experiencia, determina el valor de las pruebas aducidas y deduce de ellas eventualmente el contenido de la propia decisión en el caso de duda. Resulta inútil aquí volver a seguir el procedimiento de solidificación de estos criterios, y el surgimiento de las presunciones y de reglas de juicio preconstituidas; basta solo recordar que el sistema de la libre distribución de la carga de la prueba, preconizado por muchos (Chiovenda, Huber, Kohler), no está absolutamente en contraste con la más genuina tradición romana, como sostiene Gautschi, mientras el mismo se ha convertido precisamente en el *sistema rígido* de prueba legal por el influjo, entre otros, de los principios probatorios germánicos ... *La tendencia doctrinal más reciente* se manifiesta, en cambio, en el sentido de considerar preferible *una libre distribución de la prueba*, pero no ya establecida preventivamente por el juez, aún a base de las pruebas aducidas en el proceso, sino fijada con posterioridad a la práctica de los medios instructorios. Este último sistema, que ha sido definido como una *postsumptio*, se diferencia de la posición de presunción legal, en cuanto el mismo *deja libre al juez la elección en el caso concreto de la regla de la experiencia, que haga verosímil la una o la otra solución*. El fenómeno se explica, por tanto, sólo merced a la referencia a criterios metajurídicos, que, sin embargo, adquieren relevancia jurídica, en cuanto dictados por la *experiencia*, y como tales entran en el juicio (lógico) del juez. [...] La mayor libertad reconocida al juez en tales hipótesis, mientras no hace desaparecer, pues, el problema de la distribución de la carga de la prueba, como estadio distinto del de valoración de las pruebas, de otro lado no se transforma en licencia, en arbitrio absoluto, como por lo demás está demostrado por la investigación sobre la repartición de la falta de certeza entre las partes, en aquellos procedimientos respecto de los cuales *no existe regla de juicio*, la cual determine el contenido de la decisión. Es que, *aún cuando no exista un precepto expreso*, el juez está obligado a seguir *las reglas dictadas por la experiencia*,

⁵⁸ PESCATORE, “La lógica del Diritto”, Torino 1864, Tomo I, págs. 50, 89 y ss., apud MICHELLI, Gian Antonio; “La carga de la prueba”, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, pág. 3.

⁵⁹ “Los principios de derecho natural, la Justicia en sí, son superiores a cualquier regulación positiva, la informan, por lo que sí, dado un caso particular, la ley escrita en su aplicación se aparta de ellos, es preciso hacerla a un lado, no aplicarla, y hacer valer la superioridad de los primeros en orden a la obtención de la solución justa. En este caso pesa el deber de solidaridad que recae sobre todos, para descubrir la verdad y dar a cada uno lo suyo. No se trata de cuestionar en abstracto si lo mandado por la ley es en sí mismo injusto, sino de considerar que su aplicación literal puede causar injusticias, y si ello ocurre hay que adecuar o corregir el mandato con relación a supuestos fácticos que exceden el marco general previsto por el legislador. En definitiva recurrir a la *equidad* para realizar *lo justo concreto*. Y para ello, y por ello, aplicar, contra la norma jurídica positiva escrita que manda a quien alega la existencia de un hecho probarlo, *una norma jurídica natural* que sostiene que *quien esté en mejores condiciones de producir la prueba debe hacerlo, pues sobre todos pesa el deber de buscar la verdad*” (VALENTINO, Sara Lía; “El Derecho Natural en las ramas de la abogacía: Derecho Natural y Derecho Procesal Civil: Cargas probatorias dinámicas”, E.D. 209-1117 y ss.).

reglas que, así como disciplinan toda actividad lógica, así también fijan al juez directivas que él debe seguir en su juicio, en defecto de pruebas”⁶⁰.

4.2. Modernas

4.2.1. Jorge W. Peyrano

Es un hecho reconocido por *toda la doctrina argentina*, que ha sido Jorge W. Peyrano el gran *impulsor*⁶¹ de la *teoría de las cargas probatorias dinámicas* según el nombre que éste mismo -en coautoría con Julio O. Chiappini- le adjudicó en aquel viejo y famoso escrito que titularon “Lineamientos de las cargas probatorias <<dinámicas>>”⁶².

Desde aquél lejano año de 1984, continuó Peyrano describiendo la teoría, y, así podemos computar -entre muchos- sus aportes en 1988⁶³, 1991⁶⁴, 1992⁶⁵, 1993⁶⁶, 1996⁶⁷, 1999⁶⁸, 2000⁶⁹, 2006⁷⁰, como los más recordados.

⁶⁰ MICHELLI, Gian Antonio; “La carga de la prueba”, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, págs. 270/272.

⁶¹ Decimos *impulsor* para evitar los recelos de algunos autores que en lugar de preocuparse por el *concepto*, prefirieron quedarse en la *anécdota* de si “hay algo nuevo bajo el sol” y bucearon en obras clásicas en torno a la “Prueba” para encontrar algún atisbo que coincidiera -siquiera semánticamente- con las ideas de Peyrano y, desde allí desembocar en la supuesta destrucción del mito del invento argentino -así por ejemplo GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas ni aplicables”, ob. cit.-. Sin embargo, y a pesar de las críticas infundadas que ha recibido, considero que también es el “*inventor*” del nomen iuris y de la *concepción moderna* de la distribución dinámica del onus probandi, con la simple reserva de que *-como el mismo Peyrano admite-* en la ciencia del Derecho -como en las otras ciencias- siempre se avanza sobre el terreno que han sembrado quienes nos precedieron. Pero, por lo demás, según el estudio que he hecho, no advierto que en las obras tradicionales sobre la “Teoría de la Prueba” se haya hecho un análisis como el del maestro santafesino. Esto no descalifica lo que diré más adelante en cuanto a que el autor citado, evolucionó en sus criterios y, actualmente, justifica la teoría de las cargas probatorias dinámicas sobre la base de los criterios de *disponibilidad de los medios de prueba y facilidad probatoria*, conceptos estos últimos que sí estaban ínsitos en las obras y estudios generales de la materia.

⁶² PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias <<dinámicas>>”, E.D. 107, págs. 1005 y ss.

⁶³ PEYRANO, Jorge W.; “El moderno derecho probatorio <<posible>> y su realización judicial”, L.L. 1988-A-446 y ss.

⁶⁴ PEYRANO, Jorge W.; “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, L.L. 1991-B-1034 y ss.

⁶⁵ PEYRANO, Jorge W.; “Cargas de la prueba. Actualidad. Dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal”, J.A. 1992-IV-744 y “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas” en “Procedimiento Civil y Comercial”, ed. Juris, Rosario 1992, págs. 75 y ss.. También “Aspectos procesales de la responsabilidad profesional”, en Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno titulado “Las responsabilidades profesionales”, de. Platense, La Plata 1992, págs. 251 y ss.

⁶⁶ PEYRANO, Jorge W.; “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 153, págs. 968 y ss.; “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, J.A. 1993-III-738 y ss.

⁶⁷ PEYRANO, Jorge W.; “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, L.L. , págs. 1027 y ss.

⁶⁸ PEYRANO, Jorge W.; “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes”, E.D. 182-1588 y ss.

⁶⁹ PEYRANO, Jorge W.; “Otra entronización legal de las cargas probatorias dinámicas: el novísimo Código Procesal Civil Correntino”, E.D. 187-1525

⁷⁰ PEYRANO, Jorge W.; “Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios”, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof.

Inicialmente, la descripción hecha por Peyrano-Chiappini era sencilla: ante la verificación empírica de *soluciones disvaliosas* al momento en que el órgano jurisdiccional aplicaba *el rigor* de las *reglas clásicas o típicas o históricas* de la distribución de la carga de la prueba, era necesario apartarse “*excepcionalmente*” de ellas y, acudir, *en subsidio*, a *otras reglas de juicio* que denominó “*dinámicas*” (por oposición a las anteriores que serían “*estáticas*” aludiendo al esquema de situaciones jurídicas subjetivas que ya había planteado en 1936 James Goldschmidt). Estas reglas, se anticipó, son de variada naturaleza; empero, *una de las más famosas* es aquella que indica que -en el caso concreto sometido a decisión- debe “colocarse la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla”⁷¹.

Y *otra*, aquella de acuerdo a la cual: “a falta de prueba debe suponerse que los hechos han acontecido conforme a *lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas* (v.gr. que la visibilidad durante la noche no es perfecta). El conocimiento de cómo ocurren *los hechos normales* pertenece al saber privado del juez que éste puede invocar al fundamentar su sentencia. *Quien sostenga que ha sucedido lo contrario del orden normal de las cosas, corre con la carga de acreditarlo*”⁷².

De todas maneras, desde el inicio se advirtió algo que actualmente se sabe, esto es, si las mencionadas cargas probatorias dinámicas pueden ser consideradas como una pauta más de interpretación de la regla rígida del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o, si se trata de una regla jurisprudencial que debe usarse cuando la regla legal conduce a un resultado inequitativo.

Al respecto, Peyrano y Chiappini decían que “Quizás las precitadas reglas que hemos barajado (y otras por el estilo que existen y se aplican cotidianamente) no sean strictu sensu nuevas cargas probatorias, sino *un desarrollo circunstanciado de las pautas establecidas por el ya mencionado art. 377 del Cód. Procesal*. Pero igualmente nos parece que *gozan de cierta autonomía*, no pudiendo ser consideradas en todos los casos como meras derivaciones de la aludida disposición legal. De allí la conveniencia de que la doctrina (y algún día también, el legislador) se ocupe de conceptualizar detalladamente el tenor de éstas nuevas cargas probatorias <<dinámicas>> que nos ocupan; dicho ello en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras -insistimos en el punto- a servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrados judiciales: servicio, y bien sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo”⁷³ (las cursivas me pertenecen).

Más adelante, Peyrano vuelve a insistir en que *la rigidez* de las *reglas legales* de distribución del onus probando pueden conducir -en algunos *casos concretos*- a *soluciones injustas*, a mérito de lo cual se hace necesario *una nueva concepción del proceso* desde el ángulo *dinámico* que tenga en cuenta o se ajuste lo más posible “a las *circunstancias del caso*, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que *las cargas probatorias deban desplazarse de actor a demandado o viceversa, según correspondiere*” y, a su turno, describe *una nueva regla* a incluir dentro del *catálogo* de las aludidas precedentemente:

Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

⁷¹ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias <<dinámicas>>”, E.D. 107, pág. 1006.

⁷² PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias <<dinámicas>>”, E.D. 107, pág. 1006 y también, entre otros, en (“El moderno derecho probatorio ...”, págs. 447/448.

⁷³ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.; “Lineamientos de las cargas probatorias <<dinámicas>>”, E.D. 107, pág. 1007.

“Asimismo se ha echado mano --en otras latitudes-- del susodicho concepto para fundamentar las peculiaridades del régimen probatorio en materia de responsabilidad profesional, en especial de médicos. Así en Francia 'la jurisprudencia francesa ha evolucionado en el sentido de no requerir una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces operan sobre los indicios que surgen de las pruebas arrojadas al proceso o presumen la negligencia. Es lo que se conoce como *la faute virtuelle*. Según esta doctrina el juez estima o presume la existencia de la culpa-negligencia cuando por la circunstancia en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia sino por la existencia de una falta médica. Esta teoría se ha aplicado en un caso donde el paciente cayó de una mesa de observación y en el de la lesión causada a un recién nacido en una cesárea cuando dicha lesión resulta totalmente anormal' (Vázquez Ferreyra, Roberto, "La responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados (con especial referencia a la carga probatoria de la culpa)" en JA, del 13/9/89, p. 16). Algo parecido ocurre en Italia (Ibidem, p. 16.)”⁷⁴.

En 1993, Peyrano vuelve a insistir en la relación de *especie a género* que guardan las cargas probatorias dinámicas respecto del fenómeno del "*desplazamiento de la carga probatoria*".

Dice entonces que "hoy por hoy hablar de 'desplazamiento de la carga probatoria' es poner sobre el tapete la tan usada en la actualidad 'doctrina de las cargas probatorias dinámicas'. Ambos tópicos no concuerdan exactamente; *el segundo* es, en rigor, un capítulo del *primero*, pero el más trajinado y ubérrimo en consecuencias prácticas"⁷⁵ e insiste en que "La doctrina de las 'cargas probatorias dinámicas' es en la actualidad el núcleo más importante del contenido más general correspondiente al tema rotulado 'desplazamiento de la carga probatoria'. La utilización de dicha doctrina -que persigue una aproximación a la verdad "histórica-" presupone que en la especie no funcionan adecuada y valiosamente los parámetros legales, pretorianos o doctrinarios que regulan la generalidad de los casos"⁷⁶.

Luego de demostrar la fuerza expansiva de la doctrina⁷⁷, en 1999 descubre un nuevo rumbo de la teoría: las "cargas probatorias sobrevinientes"⁷⁸.

En ese sentido, manifiesta: "Hoy venimos a poner a la consideración del lector una especie de nueva vuelta de tuerca sobre el particular. Se trata de *una variante de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, y lo es porque aquí también se registra un cierto 'dinamismo' ya el onus probandi que pesa sobre una parte aparece tan sólo después de que su contraria ha acreditado determinado hecho o circunstancia. En el supuesto de que esto último no ocurriera, tampoco nacería lo que llamamos '*carga sobreviniente*'. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia española puede ilustrar mejor el funcionamiento de las llamadas '*cargas sobrevinientes*'. Se había demandado a un Banco para que reconociera que la actora había depositado efectivamente en un cajero automático una cantidad de dinero; resultando —claro está— extremadamente

⁷⁴ PEYRANO, Jorge W.; "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", L.L. 1991-B-1034 y ss.

⁷⁵ PEYRANO, Jorge W.; "Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo", J.A. 1993-III-738 y ss.

⁷⁶ PEYRANO, Jorge W.; "Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo", J.A. 1993-III-738 y ss.

⁷⁷ PEYRANO, Jorge W.; "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", L.L. , págs. 1027 y ss.

⁷⁸ PEYRANO, Jorge W.; "Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes", E.D. 182-1588 y ss.

difícil para la demandante acreditar dicho depósito. Pese a todo, el cliente había probado que en oportunidad de concretar el depósito el cajero automático respectivo no funcionaba adecuadamente. En mérito de esto último y de algunos otros pocos elementos coadyuvantes, un tribunal de Alzada español declaró que debía considerarse probado el depósito de marras porque 'acreditada la avería y no habiéndose probado la culpa o mala fe del actor los riesgos y consecuencias de la misma son a cargo de la entidad demandada' (conf. Decisión de la Audiencia Provincial de Oviedo –España– anotada por Roberto Vázquez Ferreyra en su trabajo, *Cajeros automáticos y defensa al consumidor*, publicada en JA, 1997-I-791). Examinadas bien las cosas, se tiene que habiéndose predispuesto un mecanismo (en la especie, un cajero electrónico pero no es la única hipótesis imaginable) que dificulta grandemente la prueba de su efectiva utilización y de la característica de las operaciones efectuadas con su auxilio, concurriría un correlativo deber de la entidad predisponente de mantener —en todo momento— en buen y correcto funcionamiento la maquinaria en cuestión y que si así no sucediera deberá soportar la carga de probar la malicia del usuario. Arriesgamos que, quizás, podría elaborarse en la materia una nueva regla que podría concebirse de la siguiente forma: acreditada la existencia de un déficit en el funcionamiento de un elemento mecánico o electrónico predispuesto para uso general, será el predisponente quien deberá proponer las circunstancias que lo relevan de su responsabilidad derivada de los perjuicios que pudieron haber sufrido los usuarios. Se podrá —o no— coincidir con lo anterior, pero lo que verdaderamente nos interesa es subrayar que muchas veces acontece en el seno de un proceso civil que una carga probatoria recién surge a posteriori de que la contraparte ha probado determinado dato fáctico, y no antes. A dicho fenómeno lo identificamos con el apelativo de '*carga probatoria sobreviniente*'⁷⁹.

Finalmente, en una de sus últimas reflexiones sobre el tema, el Profesor rosarino depura la teoría y brinda las "razones" por las cuales se explica un reparto dinámico de la carga de la prueba. Estas son, las provenientes de los criterios de "mayor facilidad probatoria" y "disponibilidad de los medios probatorios"⁸⁰.

En esa tónica, explica que el criterio de la "mayor facilidad probatoria" explica no solo la regla áurea⁸¹ de distribución del *onus probandi* sino, también "todo el sistema de reparto de las cargas probatorias" y, desde allí, se deriva necesariamente que -entonces- esta es la fundamentación no solo de las reglas rígidas sino, obviamente, de las reglas dinámicas a que venimos aludiendo.

En términos de Peyrano: "<<Mayor facilidad probatoria>> y <<disponibilidad de los medios probatorios>> son, pues y a nuestro entender, las razones de ser últimas que fundamentan el grueso de las soluciones vigentes que dominan la distribución del *onus probandi*. Y decimos 'el grueso' porque todo lo vinculado con el *onus probandi* reconoce excepciones, como se ocupa de destacarlo la doctrina autoral (Carnelutti, Francesco, ob. cit. página 219 y Devis Echandía, Hernando, ob. cit. página 491). Para concluir, algunas aclaraciones. No pretendemos con lo anterior proponer a los conceptos referidos como núcleo central de la distribución del

⁷⁹ PEYRANO, Jorge W.; "Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes", E.D. 182-1588 y ss.

⁸⁰ PEYRANO, Jorge W.; "Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios", su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

⁸¹ FENOCHIETTO, Carlos Eduardo; "Carga de la prueba", L.L. 1980-A-811.

onus probandi. Nuestro propósito es mucho más modesto: procuramos desentrañar cuáles son –en líneas generales- los motivos que funcionan como 'premisa inarticulada' y no totalmente percibida, de los mecanismos vigentes de reparto de los esfuerzos probatorios. Tampoco pretendemos exaltar las bondades de un mecanismo en particular, ni denostar las prendas de algún otro. De igual modo, no hemos querido defender la exactitud irrestricta de la regla áurea 'quien afirma, prueba' puesto que, v.gr., si quien afirma disfruta en su favor una presunción legal, no debe probar. En realidad –insistimos en ello- nos hemos circunscripto a intentar revelar las razones de ser últimas de las construcciones jurídicas más aceptadas y usadas en la materia, y nada más. Sucede que en la actualidad, novedades legislativas y doctrinarias han sacado del cono de sombras donde se encontraba al concepto de <<mayor facilidad probatoria>>, transformándolo –eso sí, de manera excepcional- en una nueva pauta distributiva del *onus probandi*. El fenómeno es interesante y elogiado porque flexibiliza la rigidez que estaba dominando el sector de la valoración de la prueba, aportando una visión más ceñida a las circunstancias del caso. Pero dicha aparición no puede hacer perder de vista que resulta inconveniente edificar una construcción tan delicada como la distribución del *onus probandi* sobre conceptos un tanto subjetivos y con una abundante dosis de discrecionalidad. Los aceptamos como válvula de escape del sistema, y así lo han regulado las legislaciones locales que como la correntina y la pampeana se han decidido a incorporar a la <<carga probatoria dinámica>> como pauta excepcional de asignación del *onus probandi*. Como ya hemos expresado, dicha doctrina gira sobre el concepto de <<mayor facilidad probatoria>>⁸².

4.2.2. Augusto Mario Morello

1. Como no podía ser de otra manera, en éste como en otros temas del Derecho Procesal el Maestro Morello siempre estuvo a la vanguardia.

Y, así, en un viejo opúsculo, ya advertía que la clásica distribución del riesgo de no probar (reglas rígidas) se correspondían con una “*visión acentuadamente liberal* del derecho procesal, al centrarse, de modo principal cuando no excluyente, en el polo referencial del *interés de las partes*, que opera así como única polea de impulso y transmisión del *principio dispositivo* y de una conceptualización privatística del quehacer judicial. De suerte que quedan pospuestos (o en una posición demasiado subalterna) *otros valores* que, según entendemos, igualmente deben ser rescatados, haciéndoselos jugar en una interpretación armonizante, con la significación que ellos en verdad revisten y que permiten insuflar, al reparto probatorio, un matiz que en numerosas circunstancias cobra registro decisivo. Nos referimos, obviamente, al *principio de solidaridad* que “obliga” -dicho esto en su sabor propio dentro del cuadrante del proceso, es decir como carga técnica de un más acentuado rigor- *a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba*. Acontece en múltiples situaciones controvertidas que existe indudable *disparidad* para satisfacer los *riesgos* de producción de una prueba, que con el solo y literal manejo de aquellas pautas de orientación, indicarían, a priori, que es una y no la otra respecto de la cual la asunción probatoria estaría dada en primer lugar. Sin embargo, es una regla de experiencia

⁸² PEYRANO, Jorge W.; “Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios”, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

verificable en el banco de ensayo de lo que acontece en el tráfico judicial --en materia contractual, de vicios del acto jurídico, simulación o fraude, de prestación de servicios, entre muchas similares- que por *el conocimiento de las circunstancias, el menor costo en la tarea de aportar la prueba, ser el medio que dispone el más adecuado, económico o de directo acceso y realización, etc.*, a una sola *le es más cómodo proponerla y practicarla* y no así a la otra ni al propio órgano jurisdiccional. Por consiguiente "debería" aquélla desplegar, en este tramo, la conducta diligente y útil al resultado eficaz de su necesario aporte. Es decir, llevarla a cabo *con preferencia a la que en el reparto parecería imputada por la norma como adjudicataria*. Lo anterior desemboca en una bien entendida funcionalidad del *principio de cooperación* (o de efectiva colaboración) que a su vez se radica en el más comprensivo y de mayor fuerza operativa que es el de solidaridad. Y ambos en el de buena fe⁸³.

Y remata: "La *dimensión social* en que se inserta hoy el conjunto de las manifestaciones que aprehende el *derecho*, con referencia al *proceso judicial* (o arbitral) coloca en un nivel protagónico no sólo a *la voluntad y al interés de las partes* (que desde el ángulo de mira de la prueba 'deben' aportar la que concierne a sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de su omisión o indebida atención de ese imperativo), pues ello no tendría otro destino que agotarse en una perspectiva al cabo egoísta. Porque *deja navegando a la jurisdicción en un mar de dudas*, o sin arribar a la convicción o certeza moral imprescindibles cuando el actor (o bien el demandado) en *el caso concreto en juzgamiento*, pese a *hallarse en las mejores condiciones* de traducir su *cooperación* al resultado trascendente del servicio sólo se escudó en la quiebra de la misma. En estos supuestos, *no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la 'regla'* conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impositivos o modificativos que opone a aquellos. Ante ese cuadro el juez, *de acuerdo a las particularidades del caso* ya la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del *deber de cooperación*, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. Expresándolo con las palabras del artículo 163, inciso 5°. apartado 2°. Del Código Procesal, esa falta de cooperación activa, entre otras matizaciones, traduce 'la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones'⁸⁴.

Posteriormente, insiste en el *deber de colaboración* de las partes con el juez para arribar lo más cercanamente posible a la *verdad jurídica objetiva* en el proceso y, desde allí, a un resultado *justo*⁸⁵.

Más adelante, en 1990, Morello nos sorprende con una nueva clasificación de la "gestión probatoria". Así, nos enseña, que el ingreso de la prueba al proceso civil puede producirse --en líneas muy generales- a través de alguna o combinadas estrategias

⁸³ MORELLO, Augusto Mario; "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba (La cooperación con el órgano sin refugiarse en el solo interés de la parte), E.D. 132-953/957, reproducido en MORELLO, Augusto Mario; "La prueba. Tendencias modernas", 2da. Edición ampliada, ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires 2001, págs. 83 a 91.

⁸⁴ MORELLO, Augusto Mario; "La prueba. Tendencias modernas", 2da. Edición ampliada, ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires 2001, págs. 87/88.

⁸⁵ MORELLO, Augusto Mario; "El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual", L.L. 1988-C-780 y ss.

o fórmulas prácticas de operar “a) gestión normal (principio dispositivo extremo: por las partes); b) gestión moderna (colaboración de los tres sujetos) y c) gestión solidarista: poderes interactuantes amplios y visión de acompañamiento activo (sin omisión) de la carga deber de la parte de suministrar la prueba”⁸⁶.

Este último criterio –dice- se va afinando en la jurisprudencia en las denominadas “*controversias técnicamente complejas*”⁸⁷ en sus implicaciones fácticas, o de arduo encasillamiento jurídico, “o en donde las partes (alguna o ambas) *por su profesionalidad, experiencia, circunstancias de lugar y modo, trama del acto, estado de ánimo o factores similares afinan o cualifican la situación de principal y más cómodo aportante de prueba* (procesos de simulación y fraude, predominio del experto – fundamentalmente económico financiero- respecto del profano; responsabilidades médicas o de los denominados profesionales liberales, etc.). El *deber de colaboración* hacia el órgano colorea de manera singular la carga de probar”⁸⁸.

Como se ve, Morello, empieza a centrar la justificación de una nueva forma de distribuir el onus probandi, en el *deber de cooperación* de las partes para acceder a la verdad en el ámbito del proceso.

En esa tónica, en 1991 nos dirá que “La parte (lo mismo vale para su representante legal) y el tercero, están hoy <<obligados>> a prestar a la Jurisdicción el máximo de *cooperación*; la colaboración más eficaz para que el Servicio Público de Justicia, accediendo a la verdad (o certeza) de las afirmaciones y hechos conducentes controvertidos, pueda producir un acto sentencial justo” y, más adelante que “la *garantía del debido proceso legal adjetivo* no es un esquema cerrado, perfecto, inmodificable. Está en permanente adaptación –obviamente en el torso de sus líneas maestras: audiencia, bilateralidad, igualdad- y se recrea de continuo, para ser coherente con una realidad dinámica en desplazamientos y cambios (Morello, Augusto M.; “El proceso justo”, L.L. 1990-C-808). La *cooperación* –también de los terceros- asentada en la mayor información y conocimiento jurídico del hombre común es una derivación del grado cada vez más intenso de la participación, y aún la intervención de las leyes (ayudando) en el Servicio de Justicia, impone admitir dilataciones horizontales en la estructura y desarrollo del proceso civil”⁸⁹.

Siempre en el mismo sendero, en 1997, Morello estima que interpretando de una manera “*dinámica y abierta*”, con “*mayor maleabilidad*” las pautas de los artículos 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o su réplica 375 del Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires, igualmente se puede llegar al resultado que se viene pregonando: esto es “*adecuar –llegando a la inversión- los criterios de distribución de la carga de probar a tenor de circunstancias especiales* que condicionan y neutralizan el uso de las guías que son –o parecen ser y se tienen por tales- regla en esta asignatura”⁹⁰.

Y por eso insiste en que “La realidad de la experiencia concreta aconseja como conveniente ajustarse a una ‘interpretación finalista’ de los textos vigentes,

⁸⁶ MORELLO, Augusto Mario; “En torno a la prueba”, L.L. 1990-E-1072.

⁸⁷ MORELLO ya había recurrido a la denominación de “*procesos de alta complejidad*” en escritos anteriores. Ver, por ejemplo: MORELLO, Augusto M., y MORELLO, Lisandro A., “Los procesos de alta complejidad”, JA, 1988-IV-749.

⁸⁸ MORELLO, Augusto Mario; “En torno a la prueba”, L.L. 1990-E-1072.

⁸⁹ MORELLO, Augusto Mario; “La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso (a propósito de la obtención coactiva de sangre a fin de realizar la prueba hematológica)”, J.A. boletín del 10.7.1991.

⁹⁰ MORELLO, Augusto Mario; “Carga de probar: dos puntos clave”, J.A. boletín del 12.2.1997.

adecuada a la exigencia de la 'colaboración procesal' para el logro de los mejores resultados de la jurisdicción. En la práctica ello se traduce en el acogimiento de las denominadas cargas probatorias 'dinámicas', lo que permite arribar a consecuencias similares y útiles, sin crear desigualdades injustificadas. La distribución de esa tarea probatoria -que no es excluyente sino 'compartida' a tenor de las posiciones y posibilidades de satisfacerla de manera más adecuada y eficaz- responderá a la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar. [...] De lo que se trata es de convencer al tribunal y el art. 377 citado coloca en cabeza de cada contendiente el tener (a su conveniencia y riesgo) que soportar la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende (la culpa, el daño, la relación de causalidad, por el lado de quien reclama; la ausencia de ellos o la existencia de hechos que demuestren la ruptura del nexo o la configuración de eximentes, por el lado del accionado). Y ello así sin depender de la posición de actor o demandado, sino de la situación que cada uno vaya adquiriendo en el litigio conforme a los hechos establecidos o modificados, en un recorrido circular; de suerte que, cuando media una situación de hecho o de derecho adquirida, la parte que alega hechos, circunstancias o actos que producirán consecuencias jurídicas contrarias a ella, estará necesitada de asumir su prueba (Michelli, Devis Echandía, Alsina, Palacio, Colombo, etc.). Criterio, en la distribución de la tarea probatoria, que se sustenta en claros motivos lógicos y psicológicos. El proceso judicial concierne no sólo a las partes sino al interés general; la jurisdicción (el hacer de los jueces) busca la justa composición de la controversia desde un emplazamiento público. El proceso moderno no ve con buenos ojos las actitudes individualistas que se cobijan egoístamente en el 'interés' suyo, el de cada litigante. La visión solidarista exige -sin declinar obviamente de la cabal defensa de cada posición- la cooperación imprescindible para arribar a la verdad de lo sucedido. ¿Por qué negarse a ello? ¿O el juez sigue siendo un convidado de piedra, espectador de la buena voluntad de los otros, que debe pasar por el "no te metas" de quien podía -y debía- ayudar a estar en claro? ¿No es razonable acaso que quien sabe mejor lo acontecido y le es más cómodo ponerlo en evidencia, asuma la prueba de ello?. [...] Nada se fuerza ni altera o sorprende el orden natural -normal- en que ocurrieron los hechos. Sin menoscabar las respetables posiciones de ambas partes, sin juicios adversos a priori, ni creando presunciones que resquebrajen la igualdad de trato de acuerdo a las circunstancias y a sus personales y diferentes modos de actuar -de comportarse cada uno de ellos-. Si una parte está en mejores condiciones de hacerlo, ¿por qué esperar que lo haga la otra, que está en desventaja real de "hacerlo mejor"? ¿O acaso no concierne a ambos lo que pasó y debe evidenciarse al juez en la fase probatoria? ¿Por qué justificar en las partes la condición de observador "no comprometido" (valiéndonos de Raymond Aron) e impedir el acceder a la certeza, y a través de ella a la solución justa? ¿No se entiende acaso que por conducto de esa colaboración se hace más acabado y constructivo el ejercicio de la defensa en juicio?. [...] Estas pautas modernas de la política procesal en el ámbito de probar reconduciéndola en quien está en mejores condiciones de hacerlo (porque sabe, le es más cómodo o menos oneroso o en razón de que hay una carga moral en proceder así, colaborando con un registro principal y más intenso que "el afectado") auxilian al juez a formar, por esta vía, la certeza suficiente (la convicción motivada), con la cual abastece a su fallo. La fijación última del art. 375 Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires. (art. 377 Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina) nos muestra que el "contenido" actual de esa decisiva norma tiene un sentido más maleable y facilitador, que se acomoda sin forcejeos a la

lógica anterior -colaboración y buena fe- del derecho a probar. ... En resumen: "El juez, respetando las garantías del proceso justo, está habilitado a flexibilizar los principios procesales y las reglas que reglamentan la distribución de la carga de prueba. A esos fines y a tenor de las particulares circunstancias del objeto en controversia o hallarse la parte en mejores condiciones para colaborar en la producción de la misma, será ella la que viene principalmente gravada en su gestión". Este emplazamiento normativo -que recoge los dictados de la realidad litigiosa- incide, determinantemente, en el delicado tema de facilitar "razonablemente" al juez formar su convicción fundada y desembocar en una solución acorde con los valores y fines del proceso justo (ver Juan Carlos Cabana García, "La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil", Ed. Trivium, Madrid, 1992, p. 168 y ss.)"⁹¹.

En el año 2000 Morello no solo insiste con el principio o deber de colaboración de las partes como justificativo de la redistribución especial de la carga de la prueba en procesos complejos sino que, ahora, conecta dichas enseñanzas con la denominada "flexibilización de los principios procesales" y, así, nos dice que hay que "Poner en jaque explicaciones simplistas, del todo o nada" y efectuar "aperturas y adecuaciones a riesgo de no servir [dichas explicaciones], o conducir a consecuencias disvaliosas, inequitativas o injustas". Y ello así porque "La realidad -como la vida- no está trazada de una vez y para siempre ni de manera uniforme. El querer abrazar a todos los casos y manejarlos en rígidas reglas se ve que es imposible y si se fuerza a ello, esa compleja realidad se vengará de las doctrinas y de las normas. Ninguna de ellas, por lo demás, es el final del camino. ... Ha bastado airear, con la nota de flexibilidad, el conjunto de los principios procesales, redefinir el papel protagónico del juez -ciertamente con el activo control de los abogados de partes- y poner en sintonía los criterios de hermenéutica para liberalizar al proceso civil de estériles chalecos de fuerza que, por querer diseñar y acotar sin concesiones, terminan por verse desplazados en pos de posturas más adecuadas a esas viejas y nuevas expresiones del litigio"⁹².

Corriendo ya el año 2003, el Maestro platense alude a los "corrimientos y aperturas" que se produjeron en la Teoría del Proceso y, en ese sentido apunta "el reencuentro (no el divorcio y pretendida autonomía) de las situaciones sustanciales con su encaje o moldadura procesal, porque sólo así se comprende, en plenitud, el fenómeno complejo que constituye un litigio o proceso judicial (citar. Fazzalari, Elio, "Istituzioni di diritto processuale", p. 255, 5ª ed., N° 3, Cedam, Padova, 1989). Todo ello atendiendo a razones de justicia y a móviles prácticos. Para acudir a la verdad jurídica objetiva y hacerlo de manera adecuada, con observancia de los principios de bilateralidad, igualdad de trato, transparencia (sin sorpresas ni abusos) y economía, que son los que se conjugan visceralmente para acordar racionalidad y seguridad jurídica en aras de que todos los sujetos procesales colaboren activamente al desemboque (valioso y público) de la jurisdicción (similar al equivalente cometido de la prestación sanitaria, son metas públicas; concernientes al interés general: justicia, paz social, salud, etc.). Ello ha posibilitado que se haya interiorizado -que sepamos en concreto- en todos nosotros quién es el que está en mejores condiciones técnicas, de conocimiento, o de posición de oficioso, o profesión, de demostrar. Por qué, entonces, y acorde con la buena fe y lealtad, de actividad constructiva de signo positivo, es él y no otros (la otra parte o el juez) y hasta dónde le es posible y exigible, que es el que ha de asumir y

⁹¹ MORELLO, Augusto Mario; "Carga de probar: dos puntos clave", J.A. boletín del 12.2.1997.

⁹² MORELLO, Augusto Mario; "Distribución de la carga de probar y flexibilización de los principios procesales", L.L. 2000-F-1362 y ss.

cumplir con esa práctica probatoria. Que es atinada la sujeción a tales patrones de conducta procesal, que contribuyen, eficazmente, a lograr los objetivos de la Jurisdicción. Se cuenta así con una concreción y beneficiosa adecuación de los principios o reglas, que anteriormente precisaban, de manera absoluta y rígida, otras pautas que la posterior evolución de las manifestaciones litigiosas, y que embretaban, disfuncionalmente, un campo operatorio que es imprescindible afinar (alegóricamente, en la acepción de perfeccionar puntos o criterios propedéuticos o metodologías que mejoren y faciliten las nociones, técnicas, categorías y la innecesaria rigidez o poca elasticidad de lo que ahoga, es decir, que hace mucho más manejable -porque así lo determinan las posiciones y las aptitudes en particular- la situación de que se trata)⁹³.

Finalmente, en este racconto claramente parcial de la gran obra del Maestro argentino, corresponde señalar que, en sus últimos aportes, Morello parece haber abandonado su inicial nomen iuris para la teoría (“carga solidarista”) y adhiere sin más a la formulación de Peyrano (“cargas probatorias dinámicas”).

2. Ahora bien, con la venia del lector, quisiera indicar que –a mi juicio- la fundamentación principal del autor aludido (el deber de colaboración de las partes) si bien se muestra como más acorde a las declaraciones de los Congresos Internacionales⁹⁴, a la más tradicional doctrina italiana⁹⁵ e, incluso, es congruente con expresas normas de los Códigos de rito nacionales⁹⁶, puede significar –al mismo tiempo- su “talón de Aquiles”.

En efecto, algunas críticas que se vierten al respecto, si bien no son compartidas por la comunidad jurídica argentina, no dejan de tener cierta dosis de realismo “retórico” -al menos en la perspectiva de una explicación sociológico-jurídica del tema-⁹⁷.

⁹³ MORELLO, Augusto Mario; “Afinamientos en la tarea probatoria”, L.L. 2003-F-1395 y ss.

⁹⁴ MORELLO cita, al respecto, una puntualización importante, difundida con insistencia en el Congreso Procesal Internacional de Brasilia (1998) y en el Coloquio Internacional de Gante, Bélgica (24-28/4/2000) especialmente por el presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, profesor Marcel Storme: “*Ha de mudarse la concepción del proceso en el que todo el peso de él recaía en el actor, aligerando o devaluando al demandado que tiene similar significación en esa obra común que es un litigio en la dimensión pública de la Jurisdicción. El interés en debate es de la recíproca incumbencia de las partes y terceros y todos están comprometidos con el resultado útil y efectivo de lo que lleve a cabo el Servicio en cada caso; la paz social y la justicia son valores que todos deben resguardar*” (apud MORELLO, Augusto Mario; “Distribución de la carga de probar y flexibilización de los principios procesales”, L.L. 2000-F-1362 y ss.).

⁹⁵ GRASSO; “La collaborazione nel processo civile”, Riv. Dir. Proc., 1966, pág. 591; apud MORELLO, Augusto Mario; “La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso (a propósito de la obtención coactiva de sangre a fin de realizar la prueba hematológica)”, J.A. boletín del 10.7.1991.

⁹⁶ Por ejemplo, con los artículos 34, inciso 5° y 163 inciso 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sobre *valoración judicial de la conducta procesal*, es ineludible la consulta de los siguientes ensayos: PEYRANO, Jorge W.; “Valor probatorio de la conducta procesal de las partes”, L.L. 1979-B-1049; KIELMANOVICH, Jorge L.; “La conducta procesal de las partes como prueba en el proceso civil”, L.L. 1985-B-1022 y ss.; PEYRANO, Jorge W.; “A fuer de sinceros ... (a propósito de una monografía sobre el valor probatorio de la conducta en juicio)”, L.L. 195-D-847; PEYRANO, Jorge W.; “Límites a la doctrina del valor probatorio de la conducta procesal de las partes”, L.L. 1990-E-893; PEYRANO, Jorge W.; “La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor” en AAVV “Valoración judicial de la conducta procesal”, dirigido por Jorge W. Peyrano y coordinado por Daniel Fernando Acosta, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, págs. 17 y ss.

⁹⁷ Cfme. ACCIARRI, Hugo; “Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales”, L.L. 2001-B, 663.

En este sentido, me permito recordar que –con inusitada dureza- Adolfo Alvarado Velloso sostiene que “conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa ética de la solidaridad entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total colaboración de una de las partes con la otra en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación. A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia (y es que nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear en día festivo. Por el contrario, se realizan previamente muchas conversaciones –e intimaciones- para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente –acreedor, por ejemplo- está seguro que no logrará una autocomposición con el resistente –deudor, que en el ejemplo afirma que pagó- no tiene más remedio –recordar que esta la última alternativa pacífica- que concurrir al proceso – para ello, debe pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia-, donde el deudor, ahora demandado, vuelve a oponerle la misma tenaz oposición que antes, afirmando haber hecho –por ejemplo- un pago que no existió en la realidad de la vida Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impertinente. En tales condiciones, ¿cómo puede serle exigido que colabore solidariamente con su enemigo y, que si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal?) por lo que merece ser sepultada en el olvido”⁹⁸.

Por su parte, Omar Benaventos, recuerda que “Cipriani, con fina ironía, ante esta visión <<colaboracionista>> de dos partes que claramente están enfrentadas en un combate civilizado, pero que se les exige, más allá de toda razón, que “colaboren” para buscar la verdad (aunque esto las perjudique) no regala esta frase: <<... estas consignas demuestran una concepción romántica y al mismo tiempo autoritaria y fascista del proceso civil (y de la vida) que implica que tan quimérica empresa - para obtener resultados- habría tenido que reformar no sólo el Código Procesal Civil, sino también el mundo, o al menos a Italia, poblándola de hombres un poco distintos de aquellos que desde hacía milenios la poblaban>>[Cipriani, Franco, “Las batallas por la justicia Civil”, traducción de Eugenia Ariano, Lima, Perú, Ed. Cultural Cuzco. 2003, pág. 9]”. Desde allí, el profesor rosarino agrega que “si ese supuesto deber de colaboración se extiende al letrado de la parte todo el sistema abogadil se desbarrancaría. Si el abogado “debe” suministrar todas las pruebas que tenga en su poder, a conciencia que las mismas perjudicarían a su cliente la relación de confianza y secreto profesional quedarían sepultados. Por cuanto un extremo es que el abogado no actué en forma obstruccionista y otro, muy distinto, es que el abogado aporte la prueba que selle la suerte del cliente en el litigio. Si en un proceso penal el abogado recibe la confesión del imputado que, por caso, cometió el crimen y el arma con la cual lo perpetró se encuentra en cierto lugar, no puede, a riesgo de perder su matrícula profesional, develar este dato. Así que la tesis de “colaboración” de las partes con la “verdad” en el proceso se enfrenta con un valor que para todo profesional es supremo: el quedar liberado de declarar sobre un punto perjudicial para su cliente y mucho menos denunciarlo ante el juez de la causa. Insisto la tesis de la “colaboración procesal” es sencillamente improponible. Si esa es la base sobre la que se sustenta la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la misma es inválida e inconstitucional”⁹⁹.

⁹⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo A.; su Prólogo a la obra de GARCÍA GRANDE, Maximiliano; “Las cargas probatorias dinámicas”, ob. cit., págs. 19/20.

Finalmente, por honestidad intelectual (ya que todo trabajo monográfico debe incluir las fuentes disponibles, se comparta lo que los autores dicen o no), citaré también la posición crítica plasmada en la ponencia que Betiana Lucía Ferrari, Jorge Domizi González y Juan Goñi (actuando como tutores los Dres. Omar Benaventos, Adrio Giovannoni y Andrea Meroi) presentaron en el marco del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista celebrado en la ciudad de Azul (Provincia de Buenos Aires) en noviembre del año 2007.

En la misma, los autores citados abordan la siguiente dicotomía: deberes de colaboración y solidaridad en el proceso como fundamento de la doctrina para la realización de los valores Verdad y Justicia vs. la concepción del proceso como lucha civilizada de su mentor –Alvarado Velloso-.

Y se preguntan “¿Como encajan entonces los términos solidaridad y lucha? Imaginémos una lucha cuerpo a cuerpo, solidariamente cedo mi cuchillo a la contraparte para que me apuñale, de ninguna manera. Esto no significa necesariamente apuñalar yo a la otra parte sino permitir que ésta busque dentro de los medios que posee las mejores posibilidades de defenderse. De ninguna manera puede obligármese a entregar mis armas para que con ellas ¡terminen de liquidarme!. Con esta analogía se ve que la solidaridad en la determinación de las cargas probatorias es violatoria del principio de que nadie esta obligado a declarar en su contra, teniendo en cuenta que según fallo de la corte interamericana, ya mencionado, se presume el estado de inocencia. Y por otro lado la vulneración del principio de debido derecho de defensa en juicio. Este último se viola en más de un sentido: Primero estableciendo el juez subjetivamente y sin más conocimiento de la causa que las pretensiones materializadas en el escrito de demanda y contestación quién esta en mejores condiciones de probar. Porque pueden darse ante esto dos situaciones, la primera, que efectivamente este en mejores condiciones de probar pero no su inocencia sino su culpabilidad y por tanto “se hunda solo”, la segunda que la apreciación del juez no se corresponda con la realidad y, ante la imposibilidad de probar, la parte se ve sometida a la aceptación de la información fáctica de la contraria. Pero esto no es todo, teniendo en cuenta nuevamente que se trata de una lucha, ¿qué hace creer al juez que la parte que está en mejores condiciones de probar desde su punto de vista va a hacerlo solidariamente para defender los intereses de la contraparte? Si quisiera realmente esto no sería necesario el proceso. Llevando esto a un caso práctico, un médico al que se le imputa de mala práctica²³, ¿va a entregar la historia clínica solicitada en las exactas condiciones en que la tiene archivada en su consultorio si esto lo incrimina? Es iluso considerarlo, incluso obligarlo a esto viola el principio de que nadie esta obligado a declarar contra si mismo. Así esta titularidad de la carga, que si bien a simple vista parece mas correcta si se basa en la solidaridad procesal, termina siendo violatoria del derecho de defensa de la parte a la que le resultaba mas dificultoso probar. Es decir, el paciente en el caso, podía tener maneras de conseguir la historia clínica, sin “correcciones”, pero al solicitarle el juez que la entregue el médico esto se le hace imposible. Entonces, luego de todo este razonamiento consideramos que es ridículo apelar a la solidaridad de las partes que, como ya expresamos, de querer manifestarla no estarían en un proceso. Pero negar la solidaridad y colaboración en el proceso no implica necesariamente renunciar a los valores verdad y justicia, como ya dijimos son las partes las que deben alcanzar estos

⁹⁹ BENAVENTOS, Omar; “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005, disponible en www.eldial.com.

valores. Y por último: la llamada cooperación con el juez. La palabra cooperar viene del latín y significa obrar conjuntamente con otro u otros para un mismo fin. La finalidad del proceso es según el Dr. Alvarado Velloso, la sentencia, acto judicial que resuelve heterocompositivamente el litigio ya procesado. Esto es a lo que debe tender el juez, a resolver heterocompositivamente el litigio concreto. Pero dentro de este litigio cada una de las partes pretende que la sentencia que resuelva le sea favorable. Dada esta tendencia antagónica es que establecimos que es imposible pretender solidaridad y colaboración procesal entre ellas. Ahora hablamos de algo distinto, de obrar juntos para un mismo fin. Si bien en un primer análisis el fin tanto del juez como de las partes es el mismo, obtener una sentencia, profundizando un poco más descubrimos que cada uno pretende de esa sentencia algo distinto. Las partes, considerando sus intereses particulares, pretenden que les sea favorable y el juez que se heterocomponga el litigio en base a la confirmación de la existencia o inexistencia de hechos, sin atender a los intereses subjetivos de las partes sino a la realidad misma confirmada por ellas. Entonces, teniendo en cuenta que tanto las partes como el juez, íntimamente buscan diferentes fines, ¿cómo podemos decir que deben colaborar? Se puede hablar de colaboración en la buena fe de todas las acciones adoptadas a lo largo del proceso (no actuar con malicia, no crear dilaciones perjudiciales innecesarias), pero no se puede hablar de colaboración en cuanto a aportar medios confirmatorios. Y no se puede hablar de colaboración primero por lo anteriormente expuesto, es decir porque sería necesario un fin común, y segundo porque esto implicaría que el juez tiene un rol activo en la confirmación, actividad negada por los fundamentos de imparcialidad antes expuestos¹⁰⁰.

4.2.3. Eduardo Oteiza

El prestigioso profesor platense ha planteado una novedosa fundamentación para la teoría que nos ocupa.

En su primera versión, el jurista citado procura demostrar que a la mutua *colaboración* entre las partes es posible asignarle jerarquía de *principio procesal* y, en particular, "que la desventaja, en cuanto a la factibilidad de acreditar la existencia de un hecho, debe ser examinada desde la perspectiva del *principio de colaboración*, debido a su capacidad para nivelar las *desigualdades*, cuya aplicación debe conjugarse, en un fino equilibrio, con el *principio dispositivo*"¹⁰¹.

Con base en la filosofía jurídica, distingue luego entre *principios jurídicos*, *reglas específicas* y *estándares* y, desde allí, luego analiza el concepto, alcance y límites del *principio dispositivo* al que distingue de la idea de "*aportación de prueba*". En ese sentido, indica que "el concepto de *aportación de prueba* por la parte se diferencia del *principio dispositivo*. Éste último, como vimos, supone el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad, apoyado en determinados presupuestos de las democracias liberales, en cambio la noción de *aportación de parte* pertenece al dominio del proceso civil ya que se ocupa de la introducción del material

¹⁰⁰ FERRARI, Betiana Lucía, DOMIZI GONZÁLEZ, Jorge y GOÑI, Juan (actuando como tutores los Dres. Omar Benaventos, Adrio Giovannoni y Andrea Meroi) ponencia presentada en el marco del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista celebrado en la ciudad de Azul (Provincia de Buenos Aires) en noviembre del año 2007.

¹⁰¹ OTEIZA, Eduardo; "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 79.

probatorio y no al sustancial de la disponibilidad de los derechos. No puede confundirse la tarea de lograr una convicción seria sobre cómo sucedieron los hechos con la renuncia o disposición de los derechos. La parte puede invocar serios argumentos basados en ideas fundamentales del orden social para sostener que la justicia no puede invadir su esfera privada adoptando decisiones que afectan su intimidad, situación que podría significar utilizar una moral perfeccionista, fuente de serios peligros al limitar la elección del propio plan de vida (me refiero aquí al plexo de derechos derivados del art. 19 de la Constitución Nacional), y tampoco limitar sin justificación el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad privada, tales como la disponibilidad de los derechos. De allí no puede inferirse que la mejor organización de los procesos suponga que solamente las partes pueden aportar las pruebas. La aportación de material probatorio no encuentra una vinculación directa con el ejercicio de derechos trascendentes como la autonomía de la voluntad o el derecho a la propiedad privada. Ella guarda una relación directa con otro problema, consistente en determinar los mejores instrumentos para lograr un debate eficiente e imparcial. Desde luego, lo antes afirmado no significa desconocer que el juez no puede sustituir a las partes ni violar la necesaria igualdad que debe estar presente en el contradictorio, por el contrario debe velar por ella. Simplemente, ante la ausencia de prueba, teniendo en cuenta que el juez no puede utilizar la noción romana: *non liquet* (Sentís Melendo, S., "La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio", Ed. EJE, 1978, comentaba que los romanos mediante el *non liquet* reconocían que el juez pudiera dudar. Decía Sentís Melendo: Los romanos eran más honestos: al no verlo claro, lo decían así, y o sentenciaban), frente a situaciones de desventaja que impidan la igualdad real a la que aludía Calamandrei, cabe reconocer al juez el poder para aportar prueba para resolver el conflicto y a inclinar su decisión a favor de la parte contraria a aquella que abusando de su posición fue pasiva en la prueba de un hecho relevante para decidir el conflicto"¹⁰².

A partir de ello, sostiene que "El deber del juez de dictar una sentencia que resuelva el conflicto con fundamentos suficientes y que cumpla con el imperativo valorativo de justicia, permite sostener que a él no le es indiferente el grado de convicción que ofrezcan las pruebas producidas en el proceso. La disponibilidad del derecho no es asimilable al monopolio de las partes en lo tocante a la aportación de prueba (Pico y Junoi, J., ob. cit. not. ant..., p. 53, 2000, sostiene que el reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica eliminar cierta iniciativa autónoma del juez). El ordenamiento procesal nacional impone al juez *dos deberes* que guardan íntima relación con aquella *regla* que impone la *carga de la prueba*. El primero de esos deberes consiste en *mantener la igualdad de las partes* (art. 34 inc. 5 c. del C.P.C.C.N.). El segundo deber se refiere a la *materialización de las diligencias necesarias para esclarecer la verdad* de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (Art. 36 inc. 4 del C.P.C.C.N., según ley 25.488). Los referidos *deberes* identificados por el legislador pueden ser vistos como *principios* en cuanto sirven para justificar excepciones a *las reglas de primer grado*"¹⁰³.

¹⁰² OTEIZA, Eduardo; "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, págs. 84/85.

¹⁰³ OTEIZA, Eduardo; "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 85.

Entonces, de lo expuesto, se sigue que "La *regla* que impone probar los hechos en los que se funda la pretensión se vincula en el proceso con *otros tres principios* que guían la actividad de las partes y del juez (en la terminología de la legislación: dos deberes y un principio). En primer lugar, guarda relación con el *principio dispositivo* en tanto no debiendo el juez sustituir la acción de la parte contra su voluntad, con excepción de los supuestos en donde estuviera involucrado el interés público. En segundo término se vincula con el *principio de igualdad* (en su sentido formal y material), ya que expresamente se consagra el deber del juez de respetar en forma idéntica a ambas a en el proceso. Tercero: con el *principio de colaboración*, que permite al juez contrarrestar la desigualdad de oportunidades en materia probatoria frente a desventajas concretas Al imponer el deber de esclarecer al verdad de los hechos controvertidos Deber del juez que, al estar impuesto por la ley, pone sobre aviso a las partes sobre la factibilidad que el juez las reemplace en la producción de la prueba ante una situación de desigualdad que lo justifique. El principio de colaboración ha sido desarrollado por Morello quien al analizar las ideas dualistas, caracterizada por concentrarse en el interés de la parte, y el "replanteo solidarista" que impone tener en cuenta que la finalidad del debido proceso requiere – en el ámbito del esclarecimiento probatorio- la conjugación de la labor de los sujetos procesales a los cuales sin exclusión les incumbe en concreto hacerlo adecuadamente, queremos decir, a través de una actitud útil según sus posibilidades reales de actuación, lo que significa el no incurrir en una posición abusiva por omisión"¹⁰⁴.

Y remata apuntando que el principio de colaboración "No anula o resta valor a la regla de la carga de la prueba, simplemente impide obtener un beneficio a partir de una notoria desigualdad en la capacidad para probar la veracidad de un hecho. El reconocimiento por parte del juez que una de las partes ha aprovechado de su ventaja deslealmente con respecto a la parte contraria y, también, en lo que a él atañe, al evitar revelar aquello que se encontraba en su dominio permite acudir a este principio que hará ceder terreno a la regla de primer grado en su aplicación concreta. Al igual que al ley de la ventaja, el principio de colaboración impide que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal, aprovechando la situación de desventaja en que se encuentra la parte contraria"¹⁰⁵.

En definitiva, la tesis de Oteiza pivotea sobre estas ideas centrales: a) en primer lugar "la aplicación en la generalidad de los caos de reglas como la contenida en el código procesal nacional que impone a las partes el deber de probar el presupuesto de hecho de la norma que invocaren en su beneficio"; b) en segundo término "el reconocimiento sobre la existencia de situaciones especiales. Con respecto a estas últimas creo que cobra relevancia al análisis del principio de igualdad y colaboración". Desde allí y "con esta interpretación del principio de colaboración se intenta que una parte no sorprenda a la otra con una actitud desleal que contraríe la finalidad buscada con el establecimiento de las reglas que regulan la actividad. En materia procesal se procura obtener una sentencia que contenga el mayor grado de justicia posible" y, en consecuencia, "a la incertidumbre provocada por la carga de la prueba como regla de

¹⁰⁴ OTEIZA, Eduardo; "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, págs. 85/87.

¹⁰⁵ OTEIZA, Eduardo; "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 87.

primer grado se le agrega la certidumbre del principio de colaboración, acorde con la finalidad del proceso"¹⁰⁶.

En el año 2006, Oteiza complementa su pensamiento y, ahora analiza los *criterios de valoración* y los *fundamentos de la decisión sobre quien está en mejores condiciones de probar*¹⁰⁷.

En ese cometido parte de tres premisas: "La primera asume que en el proceso es posible encontrar una verdad tributaria del contexto en que ella es reconocida. La segunda rescata el carácter igualitario del proceso judicial, desde una visión no formalista. La tercera subraya que toda decisión judicial debe permitir a las partes controlar cómo el juez ha llegado a dar por cierta una determinada hipótesis de hecho"¹⁰⁸ y, desde allí se aboca a la indagación de si "en un proceso por audiencia el órgano debería indiciar, en situaciones de dificultad probatoria, quién se encuentra en mejores condiciones de probar y cuáles serían las consecuencias de su reticencia. Me refiero aquí al poder del juez de advertir a las partes sobre una situación de insuficiencia probatoria. Adrede he omitido referirme a un ordenamiento procesal en particular para tratar solamente los beneficios de dotar a las partes de información sobre las incógnitas que enfrenta el juez durante el desarrollo del proceso y que usualmente se difieren para el momento de dictar sentencia" y aclara que ni siquiera alude "a la propia actividad probatoria del juez sino al deber de adelantar a las partes que una de ellas está en mejores condiciones de probar y su contraria en una situación de desventaja", sino que intenta responder a "la observación de Eisner quien señalaba que para eludir emboscadas de una parte sobre la otra o el uso de criterios judiciales sorpresivos, el juez debe anticipar los criterios de distribución de la carga de la prueba"¹⁰⁹.

Finalmente, insiste en que "Frente a una situación de desventaja de una de las partes con respecto a la capacidad de probar la ocurrencia de una determinada hipótesis sobre los hechos y la reticencia de la parte contraria a acreditar aquello que está en su dominio llevar al convencimiento del órgano jurisdiccional, quebrantando el principio de colaboración, es posible atribuirle a ésta última las consecuencias negativas del estado de incertidumbre. El principio al que aquí me refiero impide a una de las partes obtener beneficios producto de la dificultad probatoria de su contraria. Por caminos distintos llego a similares respuestas que las planteadas por Peyrano sobre cargas probatorias dinámicas ... La doctrina de las cargas probatorias dinámicas constituyó una primera reacción en el derecho procesal argentino contra la rigidez que se le atribuía a las reglas sobre carga probatoria. Su principal logro fue explicar que las reglas sobre carga de la prueba no eran útiles en todos los casos. Intentamos aquí

¹⁰⁶ OTEIZA, Eduardo; "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 91.

¹⁰⁷ OTEIZA, Eduardo; "La carga de la prueba: Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar", su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

¹⁰⁸ OTEIZA, Eduardo; "La carga de la prueba: Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar", su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

¹⁰⁹ OTEIZA, Eduardo; "La carga de la prueba: Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar", su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

sumarle los argumentos por los cuales el abuso de una situación de ventaja o la extrema dificultad pueden cumplir con una finalidad similar pero partiendo de la diferencia entre reglas de primer grado y principios. La situación de ventaja y la de dificultad de probar constituyen indicios ... El carácter de presunción asignado a la idea de desventaja es confirmado por los principios y reglas de proceso civil transnacional, aprobado por el ALI y UNIDROIT, que en el art. 21.3 establece que cuando surge que una de las partes está en poder o tiene bajo su control prueba significativa que rehúsa producir, sin justificación alguna, el Tribunal podrá elaborar presunciones respecto de la cuestión que se procura acreditar por dicho medio de prueba. Por oposición a las presunciones legales que contienen los textos normativos, aquí no encontramos ante *presunzioni giurisprudenziali* elaboradas por el juez en lugar del legislador. El juez deberá en ese caso tomar en cuenta una serie de hechos entre los cuales se encuentra la conducta de las partes. Al proceder a *invertir la carga de la prueba* el juez se mueve dentro del campo de las llamadas *presunzioni giurisprudenziali*. Cuenta con una serie de hechos considerados indicios por el alto grado de veracidad sobre su ocurrencia y con la conducta de la parte que ha estado en mejores condiciones de probar pero que ha evitado hacerlo. En esas circunstancias deberá tomar la decisión y producir una decisión controlable que permita entender cuales son las razones para determinar que ante la incertidumbre se decida dictar una sentencia en su contra. El punto sobre el que llamo la atención es que no basta con reconocer que el juez debe interactuar con las partes y dirigir la actividad probatoria evitando llegar al momento de dictar sentencias a la aplicación de la *default rule* del *onere de la proba*. Contrariamente el juez debe dirigir el proceso con el claro objetivo de evitar el simple *non liquet*. En caso que no obstante dicho esfuerzo se produjera un estado de incertidumbre al dictar sentencia el juez debe motivar y dar argumentos por los cuales ha decidido alterar las reglas de la sana crítica, mediante una decisión controlable por las partes, que exprese las razones que permitan, incluso lograr que el órgano jurisdiccional de revisión pueda comprender los argumentos que llevaron a una condena o a una liberación en el proceso"¹¹⁰.

4.2.4. Ricardo Lorenzetti

El actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, jurista de nota, allá por 1997, elaboró su propia “*Teoría general de distribución de la carga probatoria*”¹¹¹.

Ello así, auxiliándose de otras disciplinas (por caso el “*análisis económico del derecho*”¹¹²) presentó el tema de la siguiente manera: “La distribución de la carga de la prueba puede ser vista como una problema de *dogmática procesal*, atinente a la posición de las partes en el proceso. También puede ser vista como un problema de *Derecho Privado* que establece reglas de juzgamiento ante la insuficiencia demostrativa

¹¹⁰ OTEIZA, Eduardo; “La carga de la prueba: Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar”, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

¹¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis; “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13 –“Prueba I”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997, págs. 61 y ss.

¹¹² Ámbito en que suele incursionar, véase por ejemplo: LORENZETTI, Ricardo Luis; “Análisis económico del Derecho: valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 21 -Derecho y economía-, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa fe 1999, passim.

... examinaremos esta cuestión desde una perspectiva que toma en cuenta *el riesgo de probar* y su distribución, como así también su diferencia de *otros riesgos* que asumen las partes en la relación jurídica, a fin de no confundirlos ...”.

Luego, muestra como la relación jurídica pasó de ser estudiada en su aspecto estático para serlo ahora en su faz dinámica y, en ese sentido destaca que el *plan de prestación* que desarrollan las partes dentro de aquella relación es esencialmente “*dinámica y de complejidad creciente*, entendido ello en el sentido de que el vínculo es continuo y abarca no sólo *las prestaciones principales y accesorias*, sino los *deberes colaterales*. Desde nuestro punto de vista, en ese *plan de prestación* debe adicionarse el elemento del *riesgo*, que es esencial en la relación jurídica actual. Las partes hacen un *cálculo jurídico* al iniciar la *prestación* en el que juega un papel fundamental el cómputo del *riesgo* y el *beneficio* que obtienen. En razón del carácter *dinámico* que presenta la relación jurídica, esa relación *costo-beneficio* puede presentar alteraciones que desbaraten el cálculo inicial. Estos cambios pueden fundarse en la revisión del vínculo por razones que la ley justifica, como la lesión o la excesiva onerosidad sobreviniente, o bien por otras razones. [...] examinaremos la *relación jurídica* en el proceso, en el *conflicto judicial*, y estudiaremos de qué manera estos *riesgos* son *distribuidos*”¹¹³.

Indica luego que “Iniciar un *proceso judicial* tiene sus *riesgos* que las partes toman en cuenta. En este caso nos interesa examinar el *riesgo probatorio*. Cada parte debe demostrar en juicio los presupuestos de la pretensión que invoca; el lograrlo o no es *un riesgo*, ya que sino lo hace la sentencia será desfavorable. Las reglas de distribución de la carga adjudican *ese riesgo* a una o a otra parte. En la *medición del riesgo* es esencial la posición probatoria que tiene cada parte; esta posición depende de variables tales como *la dificultad de obtención de la prueba* y las de *producción de la prueba*. Conceptualmente cabe distinguir entre: a) *Dificultades de acceso a la prueba*: Las reglas que atienden a la posición sustantiva se relacionan con el acceso a la prueba: *quien está en mejores condiciones de probar o quien es profesional*, debe soportar la carga porque *tiene un acceso a la prueba más fácil* que quien es paciente o víctima. Las reglas sustantivas atienden a la solución de este problema, *mejorando el acceso a la prueba de quien tiene dificultad*. El deber de colaboración, de información, como deberes secundarios de conducta, se relacionan con la prueba. *Colaborar* importa arrimar pruebas al proceso para aclarar la verdad según lo haría un contratante de buena fe; *informar* significa documentar en una historia clínica los datos más relevantes de la prestación y que esa documentación sea accesible. b) *La carga como incentivo*: La ley constata que *una de las partes está en inferioridad fáctica* y por ello establece *incentivos* cuya finalidad es lograr la *igualdad*. Este incentivo es la ‘carga’ que se impone a una de las partes, de modo que, sin obligarla, se le dice que sino cumple perderá el beneficio. Así, la *carga probatoria* alienta a una de las partes a arrimar al proceso *una prueba que normalmente tiene en su poder o a su alcance*. El incumplimiento de esa *carga* acarrea la pérdida del *beneficio*, esto es, considerar el hecho como no probado”¹¹⁴.

En esa inteligencia, indica que “En la doctrina argentina se difundido la idea de que debe probar *quien está en mejores condiciones de hacerlo*. Esta tesis que se

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis; “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13 –“Prueba I”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997, págs. 62/63.

¹¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis; “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13 –“Prueba I”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997, págs. 63/64.

conoce como *distribución dinámica de la carga probatoria* es en realidad una aplicación de la metodología del *análisis económico del derecho*. En cambio, la teoría de las <<cargas dinámicas>> se desarrolló por oposición a las <<cargas estáticas>>, y su interés es flexibilizar, en supuestos de excepción, aquellas reglas fijas. La estabilidad de las reglas puede conducir a injusticias cuando son aplicadas a quien no está en condiciones de probar¹¹⁵.

Posteriormente, aclara su análisis “sirve para discriminar los *riesgos* y evitar que se *distribuyan inadecuadamente*”, ejemplificando de la siguiente manera: “Cuando se dice que el paciente debe probar la culpa del médico, muchas veces se ignora la imposibilidad de hacerlo; el paciente no tiene acceso a la prueba, no tiene los conocimientos ni los recursos para desarrollar esa tarea. Asume entonces el riesgo probatorio en un plano de desigualdad” y, por el contrario “Cuando se afirma que la culpa medical se presume si hay un resultado anormal, puede terminar adjudicándose al médico la falta de curación de la enfermedad, o la incertidumbre indescifrable del acontecer causal. El médico asume aquí el riesgo de la prestación que no comprometió, y se lo imponen por vía indirecta de la carga probatoria, desequilibrando la relación riesgo-beneficio inicial¹¹⁶.”

Y, finalmente, concluye recordando que “El *análisis económico del derecho* ha desarrollado *una regla atinente a la posición probatoria*; esto es, externa al proceso, indicando que *debe adjudicarse la carga a quien esté en mejores posiciones probatorias*. El significado de <<mejor>> se relaciona con la más eficiente en el sentido de que a quien ya tiene la información o la prueba le resulta más barato arrimarla al proceso. Todo ello se relaciona con una visión particular del proceso adversarial que, en los inicios de la escuela del análisis económico, queda sometido a las reglas modélicas del mercado. Como puede apreciarse, es bien diferente de *la carga dinámica*. Por nuestra parte, hemos propuesto en varios congresos la adopción de *una regla económica* eficiente que sea compatible con las tradicionales. *Hay que adjudicar la carga demostrativa a quien le resulte más barato producirla ...*”¹¹⁷.

5. Finalidad acorde con las garantías constitucionales pertinentes (test de constitucionalidad)

La teoría que nos ocupa –conforme su razonabilidad y justificación axiológica- no solo que supera el “test de constitucionalidad” sino que, incluso, parece ser una solución necesaria para el eficaz funcionamiento de los derechos y garantías contenidas en el más alto dispositivo del ordenamiento jurídico.

Nótese que, por ejemplo, en países como Colombia donde el Código Procesal Civil actual (no el proyectado que sí incorpora la teoría de las cargas dinámicas probatorias), en su artículo 177 contiene sólo la regla rígida tradicional de distribución de las cargas probatorias, la doctrina más caracterizada y la jurisprudencia de sus más altos tribunales, han encontrado el fundamento de la teoría en el “*principio de equidad que emerge del texto constitucional*” a mérito del cual es posible excepcionar la regla

¹¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis; “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13 –“Prueba I”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997, pág. 64.

¹¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis; “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13 –“Prueba I”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997, págs. 69/70.

¹¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis; “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13 –“Prueba I”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997, pág. 87.

general y lograr que “*el juez –haciendo prevalecer, en el caso concreto, la constitución sobre la ley-, prescindida de la aplicación de ésta para darle paso a aquélla*”. Éste sería –dice el Consejero Alier Hernández Enríquez- el basamento jurídico que, en el Derecho Colombiano, permitiría acudir al denominado principio de las cargas dinámicas de la prueba¹¹⁸.

O, en la misma España que, cuando regía la regla rígida del viejo artículo 1214 del Código Civil, ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional habían aceptado la *flexibilización* de tal distribución y crearon la *doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria* que, al decir de los mismos órganos jurisdiccionales, *era lo más acorde a los principios constitucionales de igualdad, responsabilidad y seguridad*, con lo que se produjo “*una constitucionalización del derecho a la prueba*”¹¹⁹.

Y, es así que, calificada doctrina ha indicado que *las normas sobre la distribución de la carga de la prueba* han sido destacadas, por el Tribunal Constitucional de aquélla nación, como “*susceptibles de ser integradas dentro del cuadro de derechos fundamentales intraprocesales que se incorporan al art. 24 de la Constitución*”¹²⁰.

¹¹⁸ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002, pág. 35.

¹¹⁹ Conforme Sentencias del Tribunal Supremo del 22.12.1998, 18.7.1991, 30.4.1992 y 30.9.1992 y del Tribunal Constitucional 1511/1985, 89/1986, 111/1992 del 23.1. y 87/1992 del 8 de junio, entre otras (apud: VALLS LLORET, Juan Domingo; “La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal”, versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>).

¹²⁰ GARNICA MARTIN, Juan F.; “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil (I). Crítica a una jurisprudencia equivocada”, La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, N° 6, 1999, págs. 1913-1924. Más adelante, el autor de marras continúa explicando: “En este último sentido se ha de decir que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que ha estado en juego la distribución de la carga de la prueba, si bien no son muy numerosos, sí que son importantes. El más conocido de ellos, por el gran revuelo que en su día originó a consecuencia de la reacción que suscitó en la Sala I.a. del Tribunal Supremo (que llegó incluso a acudir al Rey con una petición, queriendo plantear conflicto al Tribunal Constitucional), es la sentencia 7/1994 de 17 de enero en la que se anuló una sentencia de la Sala I.a. y se declaró firme la de instancia, por estimarse en definitiva que el Tribunal Supremo había aplicado incorrectamente una norma sobre la carga de la prueba (Aunque la sentencia del Tribunal Constitucional no se explica en estos términos, como probablemente debió hacer con toda corrección, sino que se quedó en el derecho a la prueba (presunción judicial), lo cierto es que la sentencia en realidad lo que significa es que la carga de la prueba de la filiación cuando el padre se ha negado a someterse a los análisis médicos solicitados debe pesar sobre el propio padre, porque es quien tiene el control sobre esa fuente de prueba. Por consiguiente no es preciso acudir a ninguna presunción, ni tan siquiera hablar de inversión de la carga de la prueba, para llegar a la conclusión de que a partir del principio de facilidad debe atribuirse al padre presunto la carga de la falta de la acreditación de la filiación cuando con su conducta impidió que las únicas pruebas a través de las cuales ese hecho podría haberse acreditado se realizaran. Sobre el particular puede consultarse Cabañas García, J. C., «Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil», en Actualidad Civil, 1996-2, XVI, que cita como sentencias en las que se hace aplicación por parte del Tribunal Constitucional de reglas sobre la carga de la prueba las siguientes: sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 34/1984, 48/1984, 104/1987, 81/1988, 166/1988, 95/1991, 26/1993, 266/1993 y 293/1993). En el mismo sentido, con más claridad incluso si sabe, puede verse sentencia del Tribunal Constitucional 227/ 1991 de 28 de noviembre (LA LEY; 1992-2,3), pronunciamiento en el que el Tribunal Constitucional concedió amparo frente a una resolución de la jurisdicción social en la que se denegaba una prestación (pensión de viudez) con el fundamento de que no había resultado acreditada la cotización (En el proceso laboral en cuestión se le había solicitado a una de las partes el Instituto Nacional de la Seguridad Social certificara sobre la cotización en cuestión y por parte de éste se certificó en sentido negativo aduciendo que no se habían encontrado antecedentes al respecto a consecuencia de su

O, más propiamente, que el recurso a los criterios de “*disponibilidad y facilidad probatoria*” encuentra su fundamento “*en el deber constitucional de colaboración con los Tribunales de Justicia (art. 118 CE) y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)*: cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, *la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte sea la que aporte los datos requeridos para el descubrimiento judicial de la verdad*. Por tanto, los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes *una prueba imposible o diabólica*, so pena de causarle *indefensión*, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [*vid.*, p. ej., STC 116/1995, de 17 de julio (Ar. 116)]. Se alude, por tanto, a la necesidad de que las partes en el proceso cuenten *con igualdad de armas (equality of arms, Waffengleichheit)*, que en nuestro ordenamiento jurídico se halla regulada en los arts. 14 y 24.2.1º CE, de modo que el resultado final del litigio no venga condicionado por *factores externos como la mayor disponibilidad o facilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes*. Al respecto, cobra especial interés la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 25 de julio de 1979 (2 BvR 878/74), que introduce definitivamente en el ordenamiento jurídico alemán las llamadas *aligeraciones de prueba (Beweiserleichterungen)* para aliviar la carga probatoria del paciente en casos en que *la asimetría de información impide, sin la ayuda de estos*

destrucción o deterioro. El Tribunal Constitucional concedió el amparo con fundamento en una razón esencial, que cuando la fuente de prueba se encuentra bajo el dominio de una de las partes, como en el caso ocurría, pues los antecedentes deteriorados se encontraban bajo el cuidado del propio Instituto Nacional de la Seguridad Social, no debe hacerse soportar a la parte contraria la falta de acreditación del hecho falto de prueba. Las referencias en esta sentencia a la carga de la prueba deben encontrarse en el fundamento jurídico 4.º cuando afirma «... hacer recaer la prueba de la existencia de cotización en la demandante... implica exigir a la actora un comportamiento imposible que es incompatible con la prestación de una tutela efectiva...». Ese pronunciamiento se estima completamente acertado y que significa que el principio de facilidad, que es uno de los principios esenciales en tema de carga de la prueba, tiene rango de principio constitucional. En lo que no se estima acierto el Tribunal Constitucional es en su argumentación cuando imbrica tal derecho en el art. 24.2, derecho a la prueba, en lugar de hacerlo en el ap. 1.º, derecho a la tutela efectiva, o bien dentro del ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, que se estima son su sede natural). La razón que lleva al Tribunal Constitucional a conceder amparo por esta causa estriba en que los órganos jurisdiccionales hayan realizado una interpretación y valoración irrazonable, arbitraria o inmotivada (así, sentencia del Tribunal Constitucional 26/1993) (LA LEY; 1993-3, 150). Y es completamente razonable que así se haya procedido por parte del Alto Tribunal, pues la aplicación de las normas relativas a la carga de la prueba no puede ser considerada, como con alguna ligereza se ha considerado en algunas resoluciones de inadmisión a trámite, una simple cuestión de legalidad ordinaria, sino que es una cuestión que está directamente entroncada con el núcleo mismo del derecho de acceso a la tutela que se consagra como derecho fundamental en el artículo 24.1 de la Constitución española. Que no se haya querido entrar de lleno en el tema de la carga de la prueba y se hayan buscado subterfugios más o menos disimulados para que parezca que no se entra es comprensible, porque por aquí se podrá abrir una brecha excesivamente amplia al amparo constitucional, algo que con toda razón debe asustar al propio Tribunal por las consecuencias prácticas que podrá acarrear (Se está pensando particularmente en el enorme número de asuntos que por esta vía podría atraer hacia sí el Tribunal si hubiera abierto la mano en el tema de carga de prueba. Es bien indicativo al respecto lo que ha ocurrido en el ámbito del proceso penal con el derecho a la presunción de inocencia, que prácticamente ha convertido al Tribunal en una instancia más). Pero esos asuntos en los que puede considerarse se ha producido una violación grosera de la norma sobre la carga de la prueba son suficientes para que haya quedado claramente de manifiesto que existe en este ámbito un gran riesgo de violación de derechos fundamentales, cuando el uso que se haga de las normas sobre la carga de la prueba por parte de los Tribunales no sea el razonable”.

instrumentos probatorios, *salvaguardar el derecho constitucional a un proceso justo y la igualdad de armas procesales*¹²¹.

Por lo demás, como lo prevé Falcón, aún si el legislador adoptara otro sistema de distribución de la carga de la prueba que el actual (v.gr. consagrando la carga dinámica de la prueba o invirtiendo la misma, etc.) igualmente “no se puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad ... a menos que él (por el legislador) fuera claramente irrazonable y pusiera a los interesados en imposibilidad o en grave dificultad de defender sus derechos. La sola circunstancia de que la ley o el Derecho invierta la carga de la prueba, no es suficiente para considerar que se haya configurado alguna de esas situaciones de excepción”¹²².

6. Coherencia con los derechos-garantías de la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia e igualdad ante la ley

1. Ya vimos anteriormente como la teoría satisface los modernos dictados del derecho a la “tutela judicial efectiva”.

2. En cuanto al basamento constitucional de la teoría las cargas probatorias dinámicas en el *principio de igualdad de las partes en el proceso*¹²³, corresponde recordar las lúcidas enseñanzas del profesor José Carlos Barbosa Moreira cuando menciona que “la experiencia histórica enseña cuán ilusoria suele mostrarse la solemne proclamación de la igualdad *in abstracto*. Es hoy en día una verdad de Perogrullo la distinción entre la *igualdad formal* -que se da por satisfecha con la pura identidad de derechos y deberes por los textos legales a los miembros de la comunidad- y la *igualdad material*, que tiene en cuenta las condiciones concretas bajo las cuales *hic et nunc* se ejercen los derechos y se cumplen los deberes. En muchas leyes modernas el designio de promover la igualdad material se sirve exactamente en algunas normas notoriamente destinadas a proteger ciertos intereses de personas que, a raíz de su inferior posición económica o social, corren el riesgo de sufrir un tratamiento injusto (obreros, inquilinos, etcétera). Cabe observar que, aun en tales sectores, el mecanismo de la ley no siempre logra, por sí solo, compensar de modo satisfactorio las desigualdades substanciales. La deficiencia de información jurídica, v.g., tan frecuente entre los menos acaudalados puede ser causa de que se vean privados de la adquisición o del goce de un derecho, al omitir ésta o aquella providencia cuya necesidad ignoraban, al dejar vencer un plazo del cual no estaban advertidos, y así en adelante. Si se añade que el intento de protección se manifiesta en un número limitado de materias, mientras en muchas otras las normas vigentes, en Brasil y en tantos otros países, suelen disponer sobre la conducta de los miembros de la comunidad como si la respectiva imposición produjera para todos ellos consecuencias equiparables, no es sorprendente que, en la hipótesis de someterse al juez un conflicto de intereses, las partes se hallen en una situación de flagrante desigualdad substancial, ya en el momento mismo de la iniciación del proceso. Sin embargo, tal fenómeno interesa más bien al derecho material, y de él no nos ocuparemos en este trabajo. 2. Eso no quiere decir que ningún problema de

¹²¹ LUNA YERGA, Álvaro, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, Working Paper N° 165, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com

¹²² FALCÓN, Enrique M.; “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, Tomo II, pág. 696.

¹²³ Ver, al respecto, BOULIN, Alejandro; “Las ideas de libertad e igualdad. La constitución y los principios fundamentales del proceso”, L.L.Gran Cuyo 2002, 613 y ss.

igualdad se plantee in limite litis, desde el punto de vista procesal, con respecto a la situación de las partes. Al contrario; la credibilidad del proceso como instrumento de solución de conflictos de intereses depende esencialmente de su capacidad para ofrecer a los respectivos titulares una perspectiva de ecuanimidad. Es indispensable, ante todo, que ambos litigantes puedan nutrir alguna esperanza de vencer, Y. más aún, que puedan confiar en la ventaja práctica de la victoria. La igualdad de las partes se traduce aquí, en primer término, por <<igualdad de riesgos>> [...] La exigencia de la igualdad de riesgos tiene corolarios de gran realce en lo que atañe a la carga de la prueba. Según las ideas modernamente predominantes, la importancia esencial de este problema consiste en el criterio que su solución suministra al juez para fallar en la hipótesis de permanecer dudosa la existencia de algún hecho relevante. "El órgano judicial necesita saber a cuál de los litigantes debe atribuir las consecuencias perjudiciales de la incertidumbre. Ahora bien: constituiría manifiesta iniquidad que semejantes consecuencias tuviera que sufrirlas, en cualquier caso, sólo el actor, o sólo el demandado; es decir, que el uno o el otro soportara siempre el riesgo del fracaso de la actividad de instrucción. De ahí que las leyes (o, en su silencio, la doctrina y la jurisprudencia) cuiden de establecer una división de la carga, imputándola al actor respecto a una parte de los hechos y al demandado en cuanto a otra parte". La sistemática adoptada suele revestir, por supuesto, cierta flexibilidad. La ley misma puede contemplar excepciones, invirtiendo la carga o permitiendo a las partes invertirla consensualmente. [...]"¹²⁴.

Es que, "Si el actor y el demandado tuvieran siempre las mismas posibilidades prácticas de utilizar eficazmente las oportunidades que la ley les concede en el proceso y de soportar sin dificultad los inconvenientes que éste ocasiona, bastaría la aplicación escrupulosa de los principios expuestos para resolver el problema de la igualdad. Pero varias circunstancias concurren a menudo para desequilibrar las fuerzas de los litigantes, y, cuando ello acaece, la observancia misma de las reglas formales de igualdad se convierte en manantial de privilegio para el uno y de desmedro para el otro ... La realización perfecta del ideal de igualdad -en el proceso y fuera de él- es y será siempre una utopía. Pero semejante convicción no ofrece una disculpa válida a quienes pudiendo actuar en el sentido de promoverla, prefieren omitirse. Si es cierto que no se logrará jamás eliminar completamente la desigualdad material entre las partes, también es cierto que no estamos autorizados a conformarnos pasivamente con la perversa desfiguración que ella imprime en el funcionamiento del mecanismo judicial. La conciencia ético-jurídica de nuestro tiempo exige la superación de esquemas puramente formales. Aun en el universo anglosajón, tan apegado al adversary system, despunta en los espíritus menos rutinarios la idea de que un proceso es algo distinto de una competición deportiva y no debe ser regido por principios idénticos: en otras palabras, para asegurar el buen resultado, no basta con poner los litigantes cara a cara y dejarlos luchar con las armas que tengan, bajo la fiscalización de un juez preocupado exclusivamente en prevenir o reprimir las eventuales infracciones de las reglas del juego. Para los juristas del sistema romano-germánico, al cual se afilian los ordenamientos del occidente -continental europeo y de Latinoamérica-, desde hace mucho tiempo son familiares estas nociones. Sin embargo, una cosa es la enunciación solemne de principios, otra muy diferente es la respectiva aplicación in concreto. En la

¹²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos; "La igualdad de las partes en el proceso civil", en "Revista do Processo", São Paulo, oct-dic 1986, Año 11, N° 44, págs. 176/185.

mayoría de nuestros países, una distancia inmensa separa lo que hacemos en el proceso de lo que sabemos que se debería hacer en él”¹²⁵.

En particular y en lo que interesa a la “prueba”, bien dice Taruffo que “a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte “débil” (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante. Estas razones están en la base de una tendencia general existente en casi todos los sistemas procesales, en el sentido de proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba presentada por las partes. Actualmente, casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso. Consecuentemente, los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel”¹²⁶.

Desde esa perspectiva, y sin perjuicio de la concesión de *poderes de gestión probatoria* al juez de la causa –como lo prevén “todos los modernos sistemas procedimentales (incluyendo el Inglés después de 1999 y el de Estados Unidos, pero también el de Alemania, el de Francia y el de España, el de Italia y el de China)”¹²⁷-, la *flexibilización* de las *reglas rígidas* de distribución de la carga de la prueba se impone como una solución *necesaria* y hasta *indispensable* para “*equilibrar por compensación*”¹²⁸ la desigualdad manifiesta que pueda existir entre las partes, desde el momento en que una de ellas (la no gravada con el *onus probandi*) tenga una mayor facilidad o disponibilidad probatoria como para allegar al proceso –a través de un medio de prueba- la fuente respectiva.

Si esta flexibilización viene autorizada por *la ley*, mucho mejor. De lo contrario, bastará –como se ha hecho en Argentina y en otros países- con que los jueces invoquen *los principios y derechos-garantías constitucionales* que venimos mencionando como base para superar (solo *excepcionalmente* y en el *caso concreto*) la *rígida regla legal* que, de aplicarse, conduciría a un resultado notoriamente “*inequitativo*” o “*injusto*”.

¹²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos; “La igualdad de las partes en el proceso civil”, en “Revista do Processo”, São Paulo, oct-dic 1986, Año 11, N° 44, págs. 176/185.

¹²⁶ TARUFFO, Michele; “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en Revista de Derecho (Valdivia), V. 15, N° 12, diciembre 2003, págs. 205-213.

¹²⁷ TARUFFO, Michele; “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en Revista de Derecho (Valdivia), V. 15, N° 12, diciembre 2003, págs. 205-213.

¹²⁸ COUTURE, Eduardo J.; “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo”, en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, ed. Depalma, Buenos Aires 1978, Tomo I, pág. 288.

7. El derecho-garantía de la defensa en juicio y el momento en que el juez anuncia el desplazamiento de la carga probatoria

1. Como bien avizoró Peyrano, *éste es el óbice más serio* que se le hace a la teoría de la distribución dinámica de las cargas probatorias.

Recordemos al respecto que, ya en la década del 80, Eisner¹²⁹ y Arazi¹³⁰ postulaban que, si el juez iba a distribuir de manera flexible o diferente la carga de la prueba conforme las circunstancias del caso concreto, debía *anoticiar* de ello – *anticipadamente* por cierto- a las partes, para no violar el *derecho de defensa* de aquélla que inicial –y legalmente- estaba relevada del onus probando respecto de determinados hechos.

Precisamente, fue por su insistencia que en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal que trató el tema, la conclusión N° 4 decía: “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 defensa en juicio*. Empero, tal aplicación quedaría coonestada por constituir aquélla un corolario de *las reglas de la sana crítica* en materia de valoración de la prueba; preceptos que pueden y deben merituar 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 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*”.

A esta objeción respondieron, a su turno, tanto Peyrano como Sprovieri.

El primero, sostuvo que, atento al actual conocimiento de los operadores del derecho en relación a las doctrinas y tendencias jurisprudenciales en la materia, ya no podía sostenerse seriamente que la aplicación por parte del Juez de la teoría de la distribución dinámica del onus probatorio sería “sorpresiva”.

En ese sentido, decía “Se nos ocurre que a la altura de los tiempos que corren, tal reflexión (no obstante estar bien inspirada) carece de asidero. En efecto: algo parecido se podría predicar –y se predicaba respecto, v.gr., la doctrina de los propios actos (tan usada y difundida) y sin embargo la opinión predominante hoy es que tal ‘riesgo de indefensión’ no existe. En verdad, toda doctrina o teoría nueva correspondiente al mundo jurídico podría ser objeto de una tacha similar. Ahora bien: nos interrogamos acerca de si cuando –como sucede en el caso- una tema novedoso se considera <<doctrina recibida>> no vendría a constituir –tal como se ha dicho en relación a la doctrina de los propios actos, una suerte de <<argumento de derecho>> como tal invocable oficiosamente por el órgano jurisdiccional, aún, inclusive, en defecto o contra la opinión de los litigantes. Además de todos modos, el apartamiento

¹²⁹ “Es ante este riesgo que importa una suerte de indefensión para quien se había mantenido pasivo y en expectativa, es que decimos junto con Roland Arazi: cuidado. Hay que evitar esa no querida emboscada y ello podrá tener lugar si imponemos al juez el deber de anticipar su criterio en tema de distribución de la prueba de modo que el ahora cargado sepa con seguridad que la jurisdicción espera su aporte probatorio –dinámico, solidarista y de colaboración exigida-- bajo pena de aceptarse la afirmación fáctica de su contrario” (EISNER, Isidoro; “Desplazamiento de la carga probatoria”, L.L. 1994-C-846).

¹³⁰ ARAZI, Roland; “Teoría general de la prueba. La carga probatoria”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005, reproducida en www.eldial.com.

de las normas legales corrientes en materia de distribución de la carga de la prueba que presupone la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, estaría avalado legalmente por la necesidad en que se encuentra el tribunal de apreciar todos los elementos colectados mediante la aplicación de la regla de la sana crítica”¹³¹.

Sprovieri, a su turno, con sólido sustento argumental, sostuvo que el mencionado “aviso” o “anuncio” del juez a las partes con anterioridad a la sentencia era “*innecesario*”, “*peligroso*” y en no pocas oportunidades “*impracticable*”¹³².

“Dicho ‘anuncio’ o advertencia resulta *innecesario*, y peligroso. A la vez que, creemos, de imposible concreción práctica en algunos casos. Innecesario por cuanto es impensable que ante el avance de esta teoría, las adhesiones doctrinarias que ha cosechado y la profusión de precedentes jurisprudenciales que dan cuenta de su recepción, alguien pueda verse ‘sorprendido’ por su aplicación de oficio por el juez al sentenciar. Máxime en los procesos seguidos por simulación o mala praxis médica, en los que más frecuentemente se aplica. Asimismo, si el principio de colaboración, ‘concepción afín’ a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, recibiera como se propuso consagración legislativa, la actitud ‘sorpresiva’ del juzgador quedaría totalmente descartada. También *peligroso*. Se ha dicho (es el fundamento al que recurren quienes proponen este ‘aviso previo’) que la aplicación oficiosa de las cargas probatorias dinámicas vulnera la defensa en juicio. De ahí a la nulidad sólo hay un paso. El incumplimiento por el juez en la audiencia preliminar (o en cualquier otro momento) de la tarea que se le quiere encomendar entrañaría un vicio de procedimiento, que unido al perjuicio que se irrogaría (la pretendida indefensión) dejarían vía libre para planteos de nulidad, muy probablemente exitosos si se generaliza esta creencia. Fácil resulta así advertir el peligro que entrañaría una previsión legislativa que podría eventualmente llegar a condicionar la decisión justa de la controversia, sometiéndola al cumplimiento de un recaudo formal absolutamente innecesario. *Finalmente, una disposición como la proyectada resultaría no pocas veces impracticable*. Si corresponden mayores cargas a quien se encuentra en mejores condiciones de probar, ya sea por la posesión del material probatorio o por determinadas circunstancias fácticas, no parece dudoso que tales extremos bien pueden conocerse recién al sentenciar o, en el mejor de los casos, en plena etapa probatoria. Con lo cual, muy probablemente los jueces se encontrarían con casos en los que no adviertan motivos para formular en la audiencia preliminar el ‘aviso’, para luego, más avanzado el proceso y cuando ya sea tarde, percatarse de su ‘error’. De ahí que sea menester destacar el riesgo que entraña la adopción en el ordenamiento legal de conclusiones científicas como ésta que además de estar redactadas en términos demasiado latos, merecen ser sometidas a un nuevo análisis. Máxime ahora, ante la profusión de iniciativas locales (Códigos de la Nación, La Pampa, Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires), en las que puede terminar plasmada una solución que entendemos errada”¹³³.

Lógicamente, no tardaron en responderle los autores de los mencionados Anteproyectos.

En particular, Arazi señaló que no coincidía con dicha crítica “ya que nunca puede ser innecesario reforzar la seguridad jurídica; la segunda objeción es refutada por

¹³¹ PEYRANO, Jorge W.; “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en Revista de Derecho Procesal N° 3, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999, pág. 414.

¹³² SPROVIERI, Luis Eduardo; “Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas”, E.D. entrega del 25.9.1998

¹³³ SPROVIERI, Luis Eduardo; “Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas”, E.D. entrega del 25.9.1998.

el propio autor citado quien dice que igualmente el juez, en su sentencia, podrá apreciar las omisiones probatorias conforme la doctrina de la llamada carga probatoria dinámica. Se trata, en definitiva, de fortalecer el principio de defensa en juicio al máximo posible”¹³⁴.

Coincide con él, la visión de Eduardo Oteiza, quien señala que “el juez debe anticipar criterios que les permitan a las partes orientarse sobre la significación de aportar elementos convictivos con respecto a determinados hechos”¹³⁵.

En particular, es interesante la reflexión de Roberto Berizonce, que, analizando el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires (fruto del esfuerzo de Augusto Mario Morello, Roland Arazi, Isidoro Eisner y Mario Kaminker) defiende el criterio de la “anticipación” en la audiencia preliminar de la siguiente manera: “En verdad el proyectado art. 364 inc. 3, al imponer el anoticiamiento de la adjudicación del onus a una de las partes en el transcurso de la audiencia preliminar, ha pretendido salvaguardar la garantía del contradictorio en un doble aspecto: evitando la adjudicación sorpresiva ex post en la sentencia y, por otro lado, confiriendo a ambas partes la posibilidad de ser oídas y argumentar sobre dicha adjudicación en la audiencia y, en su caso, ofrecer nuevas pruebas sobre los hechos en cuestión. Lejos de resultar innecesaria o extemporánea ni expresión de un "garantismo" excesivo, la novedad preceptiva que analizamos viene a reforzar la operatividad en el proceso por audiencias de la regla áurea del contradictorio, en contrapartida y para balancear los mayores poderes que corresponden al juez, lo que es de la esencia misma de todo sistema racional de enjuiciamiento. El método contradictorio y sobre todo su concreta virtualidad práctica, tiene reservado un lugar destacadísimo en el ámbito íntegro de la prueba: no sólo en el capítulo de la instrucción probatoria y dentro de ésta a propósito de los poderes oficiosos del juez, sino también desde otros ángulos no menos significantes y, específicamente, en los restantes estadios de la admisibilidad y aún de la valoración probatoria (la doctrina italiana contemporánea ha advertido insistentemente sobre estos aspectos. Así: Tarzia G., *Problemi del processo civile di cognizione*, Cedam, Padova, 1989, pp. 311-320, 253-376. Taruffo M., *Modelli di prova e procedimento probatorio*, en *Studi in onere di Vittorio Denti*, Cedam, Padova, 1994, v. II, pp. 377 y ss.: id. *La prova dei fatti giuridici*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, d. A. Giuffré Ed., 1992, III, t. 2, sez. I, pp. 394 y ss., Comoglio L.P., *Il modelli di garanzia costituzionale del processo*, en *Studi in onere di Vittorio Denti*, cit., v. I, pp. 297-381; id., *Riforme processuali e potere del giudice*, Torino, 1996, pp. 9-79; id. *Garanzie costituzionali e «giusto processo» (modelli e confronto)*, en *Rev. de Processo*, ed. Dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, pp. 95 y ss. Andolina I., *Il modello costituzionale del processo civil*, en *Genesis, Rev. Direito Proc. Civ.*, Sao Paulo, 1997, No. 4, pp. 142-157). Precisamente, la imperatividad de la garantía constitucional del debido proceso legal en su desenvolvimiento encuentra muy dilatado margen operativo en el proceso por audiencias, donde por la propia mecánica del sistema el tribunal aparece dotado de señaladas potestades potencialmente desequilibradoras y exorbitantes respecto de la acentuamiento del método del contradictorio puede resguardar el necesario equilibrio entre potestades judiciales vs. facultades y cargas de las partes, de la esencia del proceso civil (Taruffo M., *La prova dei fatti giuridici...*, cit., pp. 401 y ss.)

¹³⁴ ARAZI, Roland; “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, L.L. 2000-A-1042.

¹³⁵ OTEIZA, Eduardo; “El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”, capítulo del libro “Los Hechos en el Proceso Civil”, coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003

... Toda esta indagación sobre la virtualidad y alcances del método del contradictorio en el terreno de las pruebas conduce a demostrar, en definitiva que previsiones como las contenidas en los arts. 366 párrafo tercero y 364 inc. 3 del proyecto bonaerense bajo examen, lejos de innecesarias o inoportunas, responden a principios viscerales del enjuiciamiento por audiencias orales. Claro que el juez podría formular la adjudicación en cualquier tiempo ulterior a la audiencia preliminar, así durante la vista de la causa siempre que permita el ofrecimiento de la prueba ampliatoria. La variación en las posiciones de las partes respecto de la producción de las pruebas sobre los hechos decisivos durante los desarrollos del proceso determina, dinámicamente, sucesivos desplazamientos también del onus (Morello A. M., *La prueba...*, ob. Cit., pp. 185-186). No precluye, entonces, la potestad judicial que, precisamente, tiende a evitar la adjudicación sorpresiva y consumada en perjuicio de una de las partes con desmedro de la garantía de la defensa. Esta tésis impide interpretar restrictivamente el conferimiento judicial; y supone, obviamente, que la adjudicación excepcional de la carga probatoria a la parte en mejores condiciones para asumirla se efectúe por el juez con anterioridad al pronunciamiento definitivo. El proceso por audiencias requiere de un juez activo que acompañe todas las etapas del proceso, bajo el control de las partes en el libre y fructífero juego del contradictorio, de modo que su convicción se va a ir formando paulatinamente para conformar la decisión. Siempre, por lo demás, podrá recurrir a las medidas instructorias oficiosas, hasta el dictado de la sentencia, sujeta al contradictorio. Se trata de que el juez esté en claro sobre los hechos controvertidos y que ejercite sus potestades para esclarecerlos, nada más pero tampoco nada menos”¹³⁶.

8. Cobertura Axiológica

Dice Inés Lépori White –y dice bien- que “La *justicia* aplicada al *caso concreto*, es decir, la *equidad*, resulta entonces, a mi entender, el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”¹³⁷.

Coincide con ella, el excelente juez y doctrinario Edgar Baracat¹³⁸.

Adicionalmente, me permito agregar algunos considerandos “históricos” emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dan cobertura axiológica no sólo a *este instituto procesal* sino, a *toda la normativa* de esas características.

En efecto, en “Oilher”, se proclamó que: “4º) Que *las particulares circunstancias de esta causa*, precedentemente expuestas, comprometen al Tribunal, en su específica misión de velar por *la vigencia real y efectiva* de los *principios constitucionales*, a ponderar aquellas circunstancias a fin de *evitar que la aplicación literal e indiscriminada de normas procesales* conduzca a *vulnerar el derecho sustancial*, a desinteresarse de la consideración de un medio probatorio que se muestra como decisivo para la solución de la causa y a prescindir de la preocupación por arribar a *una decisión objetivamente justa* en el *caso concreto*; todo lo cual, por lo demás, va en

¹³⁶ BERIZONCE, Roberto; “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias (a propósito de las reformas procesales en Argentina)”, en *Revista de Derecho de Daños* N° 5, “La prueba del Daño – II”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999.

¹³⁷ LÉPORI WHITE, Inés; “Cargas probatorias dinámicas”, espigado en J.A. boletín especial del 11.6.2003, fascículo N° 11, pág. 20.

¹³⁸ BARACAT, Edgar; “Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada”, en “Cargas Probatorias Dinámicas”, dirigido por Jorge W. Peyrano, coordinado por Inés Lépori White, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, págs. 282/285.

desmedro del propósito de "*afianzar la justicia*" enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional.- 5°) Que la *normativa procesal*, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, *no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos* sino que, en su ámbito específico, tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del *valor justicia en cada caso* y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se rehuye atender a la *verdad objetiva* de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para *la justa decisión* del litigio. Si es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, *el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos* y si no puede éste, en principio, juzgar de la equidad de la ley *no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión*. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho y conduciría, a menudo, al absurdo que ya previeron los romanos: *summum jus, summa injuria*. Hacer *justicia*, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que *la recta determinación de lo justo in concreto*; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar *los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso*, cuyo consciente desconocimiento no se compece con la misión de administrar *justicia*"¹³⁹.

Como se ve, los considerandos de "Oilher" parecen haber sido escritos para fundar la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

9. Hipótesis de falsación

1. Con notable pedagogía¹⁴⁰, se ha explicado que las hipótesis se construyen libremente por la imaginación de quien se pregunta por cualquier aspecto del mundo, tratando de explicarlo o de solucionar aspectos problemáticos de hipótesis anteriores. Los cambios en las teorías siempre han estado motivados por alguna discrepancia entre las predicciones de las antiguas y las observaciones empíricas reales. Esto ha ocurrido tan frecuentemente que hemos admitido que las teorías no pueden declararse definitivamente verdaderas por muchas pruebas que las apoyen, siempre es posible esperar un ejemplo que las refute. Por muchas observaciones que hagamos, siempre serán un subconjunto finito de las posibles.

Una vez propuestas, las hipótesis deben ser sometidas a contrastación con las observaciones y la experimentación. Aquellas que no superan esta prueba, son rechazadas, por ello, solo sobreviven la "más aptas". Esto significa que aunque no se pueda decir de una teoría que es totalmente verdadera, si que es la mejor disponible, la más potente.

Popper vino a decir que aunque es imposible demostrar que una teoría es verdadera, es posible demostrar que es falsa. Por usar el famoso ejemplo de Popper, la observación de un cuervo que no es negro implica lógicamente que la afirmación "todos los cuervos son negros" es falsa. Aristóteles ya explicó que no es lícito pasar de la verdad de una proposición particular positiva a su correspondiente universal, pero que si lo es hacerlo de la falsedad de una a la de la otra.

¹³⁹ C.S.J.N., 23.12.1980 in re "Oilher, Juan C. c/Arenillas, Oscar N."

¹⁴⁰ Los párrafos que siguen conforme la siguiente fuente: <http://independencia.blogia.com>.

La consecuencia de esto será para Popper que una hipótesis será científica si es falsable, si no está protegida contra la falsación. Y desde luego parece muy razonable. Si una descripción del mundo no es falsable supone que el mundo puede comportarse de cualquier manera, puede ocurrir cualquier cosa o puede tener cualquier propiedad sin entrar en conflicto con el enunciado. Y solo se puede considerar que una hipótesis proporciona algún conocimiento sobre el mundo si excluye algunas observaciones posibles.

2. Así las cosas, con la agudeza e inteligencia que la caracteriza, la jurista Mabel de los Santos elaboró en su momento *una* de las *hipótesis de falsación* de la teoría que venimos examinando.

En ese sentido, sostuvo que la mayor parte de la doctrina procesalista argentina recomienda la *regulación legal* del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Sin embargo, según su visión (y he aquí la *hipótesis de falsación*) "Resultaría, en cambio, inconveniente su *incorporación legislativa* a través de *disposiciones taxativas*, demasiado casuísticas y que pueden interpretarse de manera flexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las *circunstancias del caso*"¹⁴¹.

Y explica "Tal como apunta Muñoz Sabaté, "en definitiva, pues, y sin necesidad de ninguna regla fija, todo el problema de la carga de la prueba se dirime en el momento de confrontar las respectivas alegaciones de las partes, estudiando la valoración que cada una de ellas pudiera merecer a la luz de los principios de continuidad, normalidad, dificultad y colaboración o lealtad" (Muñoz Sabaté, "Técnica Probatoria", Ed. Praxis, Madrid, p. 53) .Vale decir que de lo que se trata es de suministrar al juez la plataforma doctrinaria para apartarse de la rigidez de los preceptos legales sobre la distribución de la carga de la prueba, pudiendo apreciar la misma con ajuste a las singularidades del caso. Conforme lo expuesto debe evitarse cierta inclinación legislativa que, a la par que tiende a la objetivización de la responsabilidad, interpreta la regla de la carga probatoria dinámica como una regla de "inversión de la carga de la prueba", pretendiendo se establezca apriorísticamente quién se encuentra en mejores condiciones de probar un hecho. Buena cuenta de ello brinda el texto del mencionado art. 1625 del Proyecto de Unificación que rezaba: "Las tareas de los profesionales liberales estar sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas: 1. Se aplican a ellas lo dispuesto en los arts. 625 y 626. 2. En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado 'sin culpa' en los términos del art. 514..." concluyéndose apriorísticamente que la solución es correcta porque el profesional se encuentra en situación privilegiada para producir esa prueba (ver conclusiones de las I Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, realizadas en Lomas de Zamora, 24, 26/11/1988, citadas por Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, "La responsabilidad civil de los profesionales" en "Las responsabilidades profesionales" Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno, Ed. Platense, 1992, p. 67) . Adviértase que ello no es siempre así, pues la multiplicidad de situaciones fácticas puede presentar aristas que no se correspondan con tal presunción. Vgr., el médico que sólo ingresó al quirófano para aplicar técnicas de reanimación mal podrá correlacionar su actuación profesional con las anteriores prácticas realizadas al paciente

¹⁴¹ DE LOS SANTOS, Mabel; "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar", J.A. 1993-IV-866.

a fin de justificar que obró "sin culpa", si antes no estuvo presente en la intervención. ... De alguna manera alertó Morello sobre el particular, transcribiendo una elocuente observación de Puig Brutau frente a la afirmación del principio legalista contenido en los Códigos, al destacar acerca de los pronunciamientos judiciales: "puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas, que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se ha olvidado" (Puig Brutau, José, "Introducción al derecho civil"; Ed Bosch, Barcelona, 1981, cit. por Morello, ob. cit., p. 81)¹⁴².

3. Personalmente, adhiero a su enfoque, con la sola prevención de que no veo obstáculo alguno a que la teoría de las cargas probatorias dinámicas pueda plasmarse en *normas positivas "abiertas"* a modo de "*conceptos jurídicos indeterminados*" (v.gr. el ejemplo de los criterios de "*facilidad*" y "*disponibilidad*" probatoria conforme la última reforma del año 2000 a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española).

De esta manera, no se correría el riesgo de cerrar el *círculo hermenéutico* (en terminología de Schleiermacher, Heidegger, Gadamer, Habermas) con *una regla "rígida" o taxativa* relativa a las "cargas probatorias dinámicas" de la misma forma que se les critica a *los actuales cánones "rígidos"* de distribución del onus probandi.

10. Hipótesis Auxiliares (réplica a los críticos de la teoría)

1. Sobre las Hipótesis Auxiliares

Nosotros, que solo tomamos de Thomas Khun y de Karl Popper lo necesario, no concordamos "in genere" con su visión "discontinuísta" en cuanto a la historia de la ciencia. Tampoco estamos cerca de Paul Feyerabend y su "anarquismo metodológico" y, por ello es que somos <afines> a la *Metodología de los Programas de Investigación* producto de los estudios de Imre Lakatos.

En efecto, este autor se propone explicar que en la comunidad científica domina por lo general un "Programa de investigación" apoyado en una teoría o en varias que los integrantes de dicho núcleo se comprometen a no alterar ni abandonar (sería éste el "núcleo duro" -hard core- de tal programa).

A su vez, el núcleo duro está rodeado por lo que se denomina un <cinturón de seguridad>, conjunto de hipótesis auxiliares potenciales que se almacenan con el fin de emplearlas toda vez que sea necesario, en ocasiones en que el núcleo duro sea víctima de una aparente refutación. En tal sentido -nos ilustra Gregorio Klimovsky- "el cinturón protege de las refutaciones a la teoría general del programa y permite que la investigación prosiga sin necesidad de poner a aquélla en duda. Lakatos llama '*heurística positiva*' a la estrategia por la cual se inventan, de antemano, más y más hipótesis auxiliares protectoras del núcleo, y '*heurística negativa*' a la decisión metodológica de proteger la teoría central por medio de oportunas hipótesis de esa naturaleza"¹⁴³.

En síntesis, nos preocuparemos por la descripción de las "teorías e hipótesis auxiliares" (Imre Lakatos -o, en realidad Samuel Lipsitz-) del paradigma, que se

¹⁴² DE LOS SANTOS, Mabel; "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar", J.A. 1993-IV-866.

¹⁴³ KLIMOVSKY, Gregorio; "Las desventuras del conocimiento científico", ed. A-Z, Buenos Aires 1994, pág. 374.

elaboraron para apuntalar (a modo del famoso “cinturón de seguridad” postulado por el epistemólogo nombrado) el tronco director de la misma, que forjaran en nuestro país autores de la talla de Jorge W. Peyrano, Augusto Mario Morello, Eduardo Oteiza y Ricardo Lorenzetti.

2. La teoría no afecta el valor “seguridad jurídica”

Los críticos de la teoría que nos convoca, sostienen que los jueces, al variar arbitrariamente en la sentencia el sentido o directamente la letra de las normas rígidas de la distribución de la carga de la prueba, estarían afectando gravemente la seguridad jurídica.

La objeción, que no debería tener asidero si se estima que la misma constituye “doctrina recibida” en el Derecho Argentino y, por tanto, en su condición de “fuente del derecho” no puede dejar de ser tenida en cuenta como una de las posibles hipótesis de aplicación por parte de quien tiene poder de decir el derecho (“iura novit curiae”), igualmente fue debidamente contestada por una de las mentes más brillantes del derecho argentino, la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci

En efecto, la jurista citada ha explicado que “... *este sistema probatorio carente de rigidez*, se concilia con las *nuevas tendencias procesales* que imponen a las partes *conducirse de buena fe*, aportando al tribunal toda aquella prueba que las pueda beneficiar para llegar a la verdad real. *La mejor situación puede estar fundada en razones técnicas, económicas, jurídicas, etc.* Adviértase que esta norma, a diferencia de lo que acontecía con el art. 1625 del Código Único de 1987, no rige solo para los profesionales liberales, sino que *es un régimen general de la prueba que desiguala a los desiguales*, consagrando de este modo, la igualdad constitucionalmente amparada ... el sistema así explicado, ha sido aplicado por la jurisprudencia nacional en otros sectores (por ej. en la acción de simulación), *sin que nadie lo haya atacado por vulnerar la seguridad jurídica*” (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; “La Responsabilidad Civil en los Albores del siglo XXI (La responsabilidad en el Proyecto de Reformas del Código Civil de 1993), J.A. boletín N° 5827 del 5.5.1993, pág. 6).

Y, a tal punto no vulnera la “seguridad jurídica” que, como bien indicó la autora de cita, la teoría *fue consagrada por el más Alto Tribunal de la Nación* (tribunal autodenominado de las “garantías constitucionales” e “intérprete final de la Constitución”¹⁴⁴) así como por las diferentes Cortes o Superiores Tribunales de Provincia de nuestro país (y de otros países de Latinoamérica y del mundo, como se demuestra en esta monografía).

Coincidentemente, y en reflexiones que compartimos, Hugo Acciarri señala que “Sentada la existencia necesaria de esa especial incertidumbre, ¿puede pensarse que se acrecienta naturalmente ante la aplicación de una regla eficientista, que imponga acreditar cada presupuesto fáctico a quien esté en mejores condiciones de hacerlo? No parece posible afirmarlo (esta cuestión exigiría desarrollos muy superiores a los límites previstos para este breve comentario y algunos de sus fundamentos están aquí apenas insinuados. No obstante, puede disentirse con esta conclusión y aún así serían pertinentes las reflexiones que siguen a continuación). Dentro de cada “cadena” de hechos (o su inexistencia) a acreditar, una regla de esta clase da una pauta universal y suficiente para discernir cuál de esas circunstancias corresponde acreditar a cada parte (al hablar de atribución de cargas probatorias con fundamentos eficientistas, cabe hacer

¹⁴⁴ Fallos 1:340.

una distinción. Una atribución legal de cargas "estáticamente" impuestas a una u otra parte, por sus meras calidades formales (por ejemplo la calidad de actor o demandado), también puede sustentarse en ese fundamento. Se puede legislar, por ejemplo que los médicos demandados deberán siempre probar su falta de culpa y explicar que esa norma se funda en su genérica facilidad relativa de acreditación. O, por el contrario, se puede sentar una regla general con iguales fundamentos, pero a ser aplicada en concreto por el juez, con relación a cada unidad fáctica que se controvierta, y esa estimación de posibilidades relativas de probar se hará en cada caso y para cada hecho). Pero todavía puede agregarse algo más al respecto. Se puede compartir que resulta deseable la certeza inicial en las reglas del proceso. Pero tampoco esa certeza o esa cierta seguridad procesal que aquí está en juego (aquí, ni siquiera se trataría de "seguridad jurídica", sino de una especial certeza procesal que no necesariamente es consistente con la seguridad derivada del sistema jurídico considerado como un todo. Un ordenamiento procesal que admitiera como única prueba de cada presupuesto de hecho el resultado favorable en un sorteo, o la caída de una moneda, sería en este sentido muy certera "ab initio": nadie dudaría al comenzar el proceso qué debería acontecer para triunfar en su pretensión. Pero la inseguridad sustancial o global derivada de ese procedimiento sería, evidentemente, mayúscula) es, desde el punto de vista social, un bien que deba perseguirse a cualquier precio. El proceso no es una institución autorreferente, con fines que se agotan en sí mismos, sino que por el contrario, reviste una naturaleza instrumental respecto de los objetivos del sistema jurídico, que están plasmados (al menos, muchos de ellos) de modo más directo en las normas sustanciales. Un ordenamiento procesal puede ser muy seguro, o muy previsible y también muy disfuncional (al respecto, y aún tomando en cuenta su formulación para un sistema procesal muy diferente, resultan de sumo interés las reflexiones contenidas en BAIRD, D. G., GERTNER, R. H. y PICKER, R. C., "Game Theory and the Law", p. 261 y sigtes., Cambridge y Londres, 1998 -tercera reimpresión-)"¹⁴⁵.

3. La teoría también se aplica en el “ámbito procesal penal” (con los reparos y explicaciones pertinentes)

3.1. Recordemos que, otro de los críticos de la Teoría ha dicho que el primer reparado contra ella “se resume en el siguiente argumento: la doctrina de las cargas probatorias dinámicas sólo puede aplicarse, en todo caso, en el derecho procesal civil. En el derecho procesal penal a partir del “estado de inocencia” del imputado esta propuesta deviene directamente inconstitucional (porque se alzan contra el mismo) y, de suyo, no ha tenido ni tendrá cabida. ... En el proceso penal el imputado, siguiendo la tesis de las cargas probatorias dinámicas, sería -de ordinario- quién se encuentra en la mejor situación para probar como ocurrieron los hechos del ilícito penal que se le imputa. Pero, a partir del principio constitucional que coloca a todo imputado de un delito en “estado de inocencia” aquél que se lo imputa (sea el Estado por medio del Ministerio Público o un particular en los delitos de “acción privada”) debe siempre “construir” la culpabilidad del imputado en un proceso. Luego, la tesis de las cargas probatorias dinámicas queda sepultada en el proceso penal y jamás nadie ha tenido la osadía jurídica de hacerla valer en este fuero”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ ACCIARRI, Hugo; “Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales”, L.L. 2001-B, 663 y ss.

Y, luego remata: “Tengo para mí que cuando se enuncian tesis científicas (es una propuesta científica el dinamismo probatorio) esta tesis, deben ser válidas para ser aplicadas en todo tipo de procesos ... Me apresuro a anticiparme a los reparos que podrían deslizar los autores publicistas a la crítica antes expuesta: ¡claro que nadie ha pretendido que esta teoría se aplique al derecho procesal penal, puesto que en el proceso penal el imputado goza de un claro “estado de inocencia”! Pues bien, esta imaginada réplica implicaría “por contrario sensu”, que es en el proceso civil –donde el demandado no gozaría de este estado- (¿) la teoría sí “funciona “y, por tanto, aquí sí es aplicable.... Pues bien, partir de la clara línea doctrinaria sentida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido –insisto- que EL ESTADO DE INOCENCIA (entre otras garantías del debido proceso) SE EXTIENDE NO SOLO AL PROCESO PENAL SINO A TODO TIPO DE LITIGIOS, es obvio que para el proceso civil cabe –por idénticos motivos a los alega para el proceso penal- la inaplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias puesto que toda vez que un demandado o imputado deba “construir su estado de inocencia” tal criterio repugna, directamente, el orden constitucional y las garantías mínimas que un imputado o demandado goza en un proceso. Esto explica por que en las modernas codificaciones procesales penales de fines del siglo XX, y las que verán a luz en el siglo XXI, el sistema “mixto” (variar la carga de la prueba y que fuera el imputado –que se presumía culpable- el que demostrara su inocencia) no tiene ya cabida. La doctrina procesal más prestigiosa del continente logró la descalificación de ese hijo dilecto de la más rancia inquisición (la que auspiciaba un Juez que alterara el juego defensivo de las partes en un proceso según se libre criterio). Luego de una titánica batalla, ha triunfado en el proceso penal la tesis garantista. ... Pero extraña (¿o tendenciosamente?) los hacedores de los códigos procesales civiles Latino Americanos “no acusaron recibo” del cambio ideológico que se viene operando en el proceso penal. Es más: la codificación procesal civil, sostenida por importante doctrina y jurisprudencia continúa siendo “congruente” con el ideario autoritario que todavía alimenta. Resultado: han mantenido férreamente la bondad - en esta área- de la libertad judicial en materia probatoria, y, como una de sus variantes, la libre alteración de las reglas de la carga de la prueba. ... ¿Cómo se ha caído en la esquizofrenia científica de vetar en el campo procesal penal poderes probatorios a los jueces y, a la par, ampliarlos cada vez más en el proceso civil?. Pues bien, quienes postulan un derecho procesal civil autoritario, con jueces inquisidores y “buscadores de la verdad real” es obvio que no pueden dar una respuesta coherente a las flagrantes contradicciones que vengo señalando. Luce directamente exótico que a los jueces penales no se los quiera investigando y probando de oficio (y tampoco alterando el régimen de la carga de la prueba) y a los jueces civiles -a la par - se les imponga el deber de investigar y probar oficiosamente o se admita que varíen las reglas de la carga de la prueba establecidas por las leyes procesales”¹⁴⁷.

3.2. Atento a los *evidentes errores técnicos* que contienen las apreciaciones citadas, me permito aquí transcribir las respuestas que merecieron de parte de calificados cultores de la disciplina.

¹⁴⁶ BENAVENTOS, Omar; “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú - Octubre de 2005, disponible en www.eldial.com.

¹⁴⁷ BENAVENTOS, Omar; “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú - Octubre de 2005, disponible en www.eldial.com.

3.2.1. Así, Ángela Ledesma, con claridad expositiva y docente, explica que “Para poder marcar las divergencias y coincidencias de *los estándares probatorios en los procesos penales y no penales*, es necesario recordar que el derecho procesal como instrumento realizativo del derecho sustancial reconoce reglas de concreción que vienen dadas a partir de aquél. Y si bien solo puede haber condena y ejecución procesal posterior cuando lo dispone un tribunal competente, mediante el procedimiento regulado por la ley, reglas que rigen tanto para el ámbito privado como el público, los fines del derecho penal y civil, *motivan diferencias en el modo de hacer el juicio*, las que se proyectan específicamente en al *procedimiento probatorio*. Enseña Julio Maier: que “ el derecho procesal penal es el único medio legítimo para la realización penal (*nulla poena sine iudicio*- juez natural), con lo que se quiere expresar que los conflictos sociales que atañen al Derecho penal tienen sólo su vía de solución a través de las reglas del Derecho procesal penal en sentido estricto (procedimiento penal) y del Derecho de organización judicial, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos jurídicos”(Maier Julio “Derecho procesal penal Tomo I fundamentos, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2º Edición, pág. 85). En cambio en materia no penal, supuesta la infracción a reglas jurídicas, la realización del Derecho solo procede cuando los interesados en la observación de las normas se quejan, se muestran disconformes con algún comportamiento y acuden al Estado (judicial) en busca de la aplicación de reglas jurídicas (Maier Julio, ob.cit. pág. 86). En éste caso el litigio existe solo cuando el demandado discute la pretensión de actor, pues si se allana admitiéndola, aun aceptando una solución contraria a Derecho, concluirá el proceso judicial; en tanto también es posible la solución extrajudicial del conflicto, cuando no estén en juego derechos indisponibles. Ello conforme el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1197 del Código Civil). En tanto en el proceso penal el principio de legalidad procesal, impide el allanamiento, la renuncia, cesión y-o interrupción de la acción penal pública (no obstante las excepciones de disponibilidad autorizadas por la ley sustantiva -artículo 76 bis C.P., ley 23.737 reformada por ley 24.424 y 24.769-, como consecuencia del el avance de la denominada tercera vía del derecho penal. O en supuestos que las leyes procesales han regulados criterios de oportunidad -Chaco Ley de Mediación 4989, Mendoza Ley 6354, Buenos Aires Ley de Ministerio Público 12.067, Río Negro Ley 3.887, Chubut Ley 5478-). Como consecuencia del principio de necesidad de la pena que inspira dicha regulación. Cabe agregar que también las reglas de competencia son más rígidas (improrrogabilidad). Por eso se afirma que “el derecho procesal penal es necesario para la realización del Derecho penal en un sentido más fuerte que los demás derechos procesales para los otros derechos materiales, especialmente si nos referimos al derecho procesal civil”(Maier Julio, ob.cit. pág. 87). Ello claro está cuando se trate de delitos acción pública y en tanto rija el principio de legalidad instituido por el artículo 71 del Código Penal”¹⁴⁸.

Y, luego sigue: “A ésta altura conviene recordar qué principios prevalecen en el ámbito civil y cuáles en el penal, dado que precisamente ese es el punto de partida para hacer un paralelo en materia de prueba. Conforme lo expresado, el monopolio estatal en materia penal, o garantía jurisdiccional en la actuación del derecho penal, trae aparejado el dominio del principio de *oficialidad* en el proceso, por el contrario en materia civil prevalece el principio de *disponibilidad*. Los particulares no disponen del

¹⁴⁸ LEDESMA, Ángela; “La prueba en el proceso judicial”, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006).

derecho penal, les está prohibida la auto tutela y el estado asume el *ius puniendi*, en tanto ellos no disponen de la pena. El único que aplica el derecho penal es el Estado y el medio es el proceso. La garantía del juicio previo significa que toda persona es inocente y así debe ser tratada mientras no se declare su culpabilidad. Juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda y por tal razón se las ha destacado como garantías básicas del proceso penal. “A partir de ellas y sobre ellas comienza a construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal” (BINDER, Alberto, “*Introducción al derecho procesal penal*”, Editorial Ad Hoc, 1999, pág. 123). El proceso se concibe como un “*actus trium personarum*”. La imparcialidad del juzgador y la dualidad, contradicción e igualdad, conforman principios connaturales del proceso (conf. Montero Aroca, Juan, “Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio”, “VIII Encuentro panamericano de Derecho Procesal” AAVV, Córdoba 1992, página 178 y siguientes), al igual que en el proceso civil. Al decir de Jorge Clariá Olmedo, en el proceso se desarrollan tres poderes “Son poderes que en su amplia manifestación gobiernan la actividad de los órganos procesales; están por encima de toda esa actividad; existen antes que el proceso; lo acompañan en su trayectoria, y continúan subsistiendo después de él”(CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “*Tratado de Derecho Procesal*”, T. I, Editorial Ediar, 1960, pág. 270). Ellos son la *acusación*, la *defensa* y la *jurisdicción*, y constituyen un verdadero “trípode”, sobre el que se desarrolla la actividad procesal (“En la regulación de éstos poderes, debe obtenerse el debido equilibrio entre el interés social y el individual que tanta importancia tiene para la recta aplicación de la justicia penal”, CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. “*Tratado ...*”, op.cit., pág. 271). Su desenvolvimiento es vital para la existencia de actividad procesal válida, pues “cuando uno de ellos no puede ejercitarse, el proceso debe morir o detenerse antes de alcanzar su finalidad” (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. “*Tratado ...*”, op.cit., pág. 271). Estos se encuentran consagrados por las constituciones en las declaraciones de derechos y garantías y en la distribución de las funciones del Estado. Se trata entonces, de poderes sustanciales, pero de contenido judicial, que sólo pueden concretarse conforme a las normas procesales (Los tres poderes, en fin, cuando están en acto, constituyen el esqueleto indestructible del proceso penal, cuya complementación es proporcionada por el conjunto de atribuciones y sujeciones que hacen al modo, forma y condiciones de ejercicio de cada uno de ellos. Clariá Olmedo, Jorge A., “*Tratado...* ”, op. cit., pág.271). Por tal razón es indispensable equiparar posiciones en cada una de las etapas del proceso, en definitiva, se trata de resguardar las mismas posibilidades (facultades) de influir en la decisión a ambas partes. Pues si uno de éstos poderes falta o no está suficientemente desarrollado el equilibrio se pierde y la justicia cae (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “*Tratado ...*”, T. I, op. cit., pág. 271 y sigtes). De tal modo queda diagramado el esquema triangular que constituye la base o escenario sobre el cual transcurre el proceso hasta su conclusión (En otras palabras, “el poder punitivo del Estado está condicionado por la actividad jurisdiccional desenvuelta en un proceso regular y legal que contiene el “juicio constitucional”: acusación, defensa, prueba y sentencia firme. En efecto; esta sentencia exige de una acusación que sea base del plenario, y en este la defensa y la prueba deben estar regularmente aseguradas. La acusación es la tesis; la posibilidad de contestarla es la antítesis y ambas son presupuestos del “juicio jurisdiccional”, que es la síntesis. Este es el esquema mínimo de realización jurídica impuesta por el dogma constitucional para que pueda punirse. Clariá Olmedo Jorge, “*Tratado...*”, T. I., op.cit. pág.59). En este sentido, se observa que

en la aplicación de las reglas básicas no hay distinción entre diversas categorías de proceso. La diversidad penal, radica en la titularidad del poder de acusar, que está en cabeza de un órgano estatal, pero a diferencia de lo que sucedía en el proceso inquisitivo, hoy es una persona distinta del juzgador. Este es el alcance del *principio de oficialidad*; que el fiscal ejerza la acción y produzca la prueba de cargo, como órgano del Estado especialmente instituido y dotado a tal fin. Por el contrario ya no es posible afirmar, que quien decide la imposición de la pena, sea quien acuse o demande penalmente. Ese concepto hoy se encuentra perimido y no es compatible con el Estado de Derecho (CSJN, Q.162.XXXVIII “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302). En cambio en lo civil, la libre disponibilidad de los derechos subjetivos privados, tal expresáramos precedentemente, es consecuencia de la autonomía de la voluntad y hace que sean los particulares quienes ejerzan el poder de accionar. A esto se denomina *principio de dispositivo*. Y como señala Montero Aroca, “Este principio no es connatural a la idea de proceso sino que atiende a libre disponibilidad de los derechos subjetivos privados...” (Montero Aroca, ob.cit. pág. 179). Tampoco lo es en consecuencia, el de oficialidad, por cuanto una reforma del Código Penal, puede variar la regla que impone la persecución penal pública y la obligatoriedad de ésta”¹⁴⁹.

Entonces, a partir de allí, la autora de marras alecciona sobre los “*Principios específicos que marcan diferencias en materia de prueba*” y enseña que “Si bien tanto en el ámbito civil como penal, el cumplimiento coactivo de la manda legal solo puede ser producto de un juicio, respetuoso de los principios previstos por la Constitución Nacional (art.18 y 75 inc.22), es posible esbozar algunos ejes normativos que denotan modos diferentes de concreción. A saber: - *Presunción de inocencia*. En el proceso penal el imputado ó demandado penal, *se presume inocente* hasta tanto se pruebe su culpabilidad (arts.18 y 75 inc.22 CN, art.8 inc.2) CAHD, art.14 inc.2) PIDCyP y art. 11 DUDH). Esto significa que nadie puede ser considerado como culpable antes de que se pronuncie contra él una sentencia condenatoria. Julio Maier expresa que: “La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena”(MAIER, Julio B., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Fundamentos, Editorial: Editores de Puerto, 1996,pág. 490). Este principio también fue interpretado por el Tribunal Constitucional Español, como el fundamento del derecho a no ser condenado sobre la base de pruebas arbitrariamente valoradas o carentes de licitud (STC 31/81. De aquí se dedujo, asimismo, el control en casación de la estructura racional de juicio sobre la prueba y de la legalidad de las mismas. Según Enrique Bacigalupo, “El debido proceso penal”, Editorial Hammurabi, pág. 59). El derecho al silencio constituye el principal escollo para averiguar la verdad, por cuanto corresponde al acusador penal público o privado destruir el denominado “*estado de inocencia*” del que goza el imputado. Que el *onus probandi* reposa únicamente en cabeza del acusador y constituye una regla infranqueable. El acusador, habrá de probar el presupuesto jurídico de la norma que pretenda invocar en su acusación, tipo penal, agravantes, atenuantes y posibles eximentes de responsabilidad. Toda vez que, como enseña Leo Rosenberg, el problema de la carga de la prueba es un

¹⁴⁹ LEDESMA, Ángela; “La prueba en el proceso judicial”, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006).

problema de aplicación del derecho. Una norma solo puede aplicarse cuando la tipicidad hipotética abstractamente formulada y hecha presupuesto por la ley se ha convertido en realidad concreta (ROSEMBERG, Leo, “Tratado de Derecho Procesal”, Editorial Ejea, 1956, pág. 222 y sgts). En cambio en materia civil, el silencio, las respuestas evasivas o la negativa meramente general, podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. También los documentos se los tendrá por reconocidos (art. 356 inc. 1) CPCCN). En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados pro quien obtuvo la declaración (art. 60CPCCN). - *Rebeldía*. El proceso civil puede realizarse en ausencia de parte (art. 59 CPCCN). El ejercicio del derecho de defensa en juicio se encuentra debidamente resguardado con la notificación del traslado de la demanda en el domicilio real del demandado (art. 339 CPCCN). El proceso penal no puede hacerse en ausencia del imputado, existe imposibilidad de realizar el juicio sin su presencia. Si bien la declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción, impide la condena. Así cuando fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes (art. 290 CPPN). No se concibe en el derecho argentino el proceso penal en contumacia, como consecuencia de la garantía que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc.22) CN). Por lo demás es un derecho del imputado – *hablarse presente en el proceso*- (art. 14 inc. 2 d) CADH), de tal suerte su ausencia no significa pérdida ni renuncia a éste derecho (En diversas oportunidades la los expedientes judiciales nos han mostrado que el rebelde no era tal, estaba privado de la libertad en otro proceso). La razón de ser de la prohibición es clara, dice Julio Maier “ el procedimiento penal no se satisface como el civil, por la importancia de las consecuencias que de él derivan, con solo conceder una posibilidad cierta de defenderse sin controlar de hecho que quien se defiende pueda realmente, ejercer esa defensa; al contrario, necesita verificar, de cuerpo presente que el imputado sea idóneo para intervenir en el procedimiento (capacidad) y esté en condiciones para ejercerlas facultades que, al efecto, le concede la ley procesal” (Maier, Julio B. “Derecho...”Tomo I, pág. 594/5, ob. Cit). - *Confesión*. En el proceso penal la previsión constitucional – *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*- (arts. 18 CN), conforme la Enmienda V de la Constitución norteamericana: “*Nadie será obligado a ser un testigo contra sí mismo*”. Es decir el *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable* (arts. 8.2.g) CADH; 14 2 g) PIDCyP, art. 75 inc. 22 CN), constituye una barrera infranqueable a la averiguación de la verdad. La prohibición de declarar bajo juramento, ha sido reconocida por la CSJN desde sus primeros pronunciamientos “... el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado o a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra” (Fallos 1:350). También se interpretó que “ninguna obligación tienen los imputados de probar su inculpabilidad” (Fallos 292:651; 291:872; entre otros). La evolución de esta garantía reconoce en el caso Montenegro (Fallos 303:1938) un momento culminante, cuando la Corte determinó la imposibilidad de utilizar la confesión prestada como consecuencia de apremios, a partir de la cual se secuestraron en el domicilio del imputado efectos robados y dijo que la cuestión se reducía a saber “si la utilidad que los apremios prestaron para la investigación otorga validez a las manifestaciones que fueron fruto de ese medio ilegal”, expresando que “...otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche

formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito” (En el caso Zambrana Daza se exhibió un importante retroceso, cuando la Corte hizo notar que “la autoridad pública no requirió a la imputada una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia mínima requerida, lo que le permitió expulsar las cápsulas con sustancias estupefacientes que había ingerido, sin que exista la más mínima presunción de que haya existido engaño ni mucho menos coacción que viciara la voluntad de la procesada. CSJN; L.L. 1999B-164). Por lo demás, “*La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza*” (art. 8.3. CADH) y su valor es indiciario, pues por sí sola no puede fundar una decisión condenatoria. En cambio en lo civil, tradicionalmente la confesión judicial fue considerada la madre de las pruebas, a “confesión de parte relevo de prueba”, es decir que excluye otros medios. El reconocimiento de los hechos impide que concluida la etapa informativa, se abra la causa a prueba, toda vez que ello acontece “*siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes*” (art. 359 CPCCN), por tanto si hubo reconocimiento o admisión de la base fáctica, la cuestión continuará como de puro derecho. Cada parte podrá exigir que la contraria absuelva, con juramento o promesa de decir verdad, posiciones concernientes a la cuestión que se ventila (art. 404 CPCCN). Más un si el absolvente “no compareciere”, “rehusare a responder o respondiere de una manera evasiva”, “el juez al sentencia lo tendrá por confeso sobre los hechos personales,” *confesión ficta* (art. 417 CPCCN). El efecto de la confesión es *vincular al juez*, quien no puede recibir o merituar prueba alguna que recaiga sobre hechos confesos (Fenochietto, Carlos E., Código Procesal Civil y Comercial de La Nación, Tomo 2 Pág. 556, Editorial Astrea, 1999) Aunque tal vinculación no es absoluta, pues su efecto probatorio pueda ser destruido por otras pruebas que la contradigan. -*Juicio sin prueba y necesidad de prueba*. En materia civil puede haber juicios sin prueba, cuando la cuestión sea de puro derecho y el debate se circunscriba a la determinación de la norma a aplicar. En éste caso se llamará autos para sentencia (art. 481 CPCCN). También está prevista la posibilidad de prescindir de prueba no esencial (art. 373 CPCCN). La doctrina ha interpretado que considerada no esencial la prueba a rendir en el extranjero y producidas las demás pruebas, el juzgador prescindirá de aquella y dictará sentencia (Fenochietto Carlos E., Código..., ob. cit. Tomo 2 pág. 462) Es decir que el juez puede prescindir, no se dice que las partes son quienes pueden hacerlo. Estas afirmaciones parecen impracticables en lo penal, pues por un lado, si bien a veces se plantean cuestiones que son netamente de derecho, por ejemplo la oposición de una excepción de falta de acción por atipicidad de la conducta, la decisión depende de que previamente se hayan producido pruebas, a fin de determinar si el hecho base de la sospecha encuadra o no dentro de la figura penal, de ahí que la constatación fáctica *ex - ante* sea siempre decisiva para definir la cuestión. Por el otro, en materia penal, el que puede decidir si prescinde de prueba es el acusador y no el juez, en tanto interesa al Estado castigar al verdadero culpable. No obstante, creo que la distinción radica en la imposibilidad de *imponer condena sin prueba en materia penal*, a diferencia de lo que acontece en el derecho privado, donde sobre la base de hechos reconocidos por ambas partes solo resta definir la norma aplicable y como consecuencia de ello al contendiente perdedor se le impondrá una sanción”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ LEDESMA, Ángela; “La prueba en el proceso judicial”, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006)

Y, luego sigue marcando las naturales diferencias entre los procesos penal y civil en los siguientes extremos: “el juicio público”, “efectivo control de la prueba de cargo y derecho al interrogatorio” e “in dubio pro reo”.

3.2.2. Otra respuesta a Benaventos fue dada por el Juez Dr. Luís E. Silva Zambrano en la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Neuquén, Sala II, dictado el 13.9.2007 que, tuvo bastante difusión en nuestro medio.

En el mismo, el Juez aludido expresa: “ante todo, en lo que concierne al “principio de inocencia” que en él se trae a colación, con cita del Dr. Benaventos (“Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”) a raíz de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, replico: a) el principio o garantía de inocencia consagrado por el art. 18 CN en relación específica a la aplicación de la ley penal (y por ende, del procedimiento penal; véase Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, EDIAR, 1989, T. I, p. 442 y ss.), conlleva, de manera connatural, otras consecuencias: la de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo (art. 18 citado) y la de “in dubio pro reo” (esta última, aun sin rango constitucional, pero consagrada en los códigos procesales –Bidart Campos, ibíd., p. 472-, no obstante lo cual algunos autores consideran que “el principio es una derivación del estado de inocencia que le asiste al imputado hasta ser destruido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada” –Vélez Mariconde, “Estudios de Derecho Procesal Penal”, T. I, p. 293, y T. II, p. 35- o que “tiene raigambre constitucional” –Clariá Olmedo, “Derecho Procesal Penal”, T. I, p. 492, con cita del TSJ de Córdoba; autores ambos citados por Vázquez Iruzubieta-Castro, “Procedimiento Penal Mixto”, Plus Ultra, Bs. As. 1968, T. I, p. 37-, es decir, a la duda no sobreviene un “non liquet”, sino la absolución del inculpado); b.1) ahora bien, dichos principios son a su vez inaplicables (y aun incompatibles) en el proceso civil, en el que las partes, necesariamente, asumen cargas con consecuencias adversas para el caso de su incumplimiento (véase por ej., Palacio, ibíd., T. I, p. 245 y ss.); y así, por ejemplo: b.2) la de contestar en tiempo y forma la demanda y la reconvencción, ya que de su silencio o respuestas evasivas o negativas generales podrán considerarse como la “admisión” de la verdad (“ficta admissio”) de los hechos alegados por su contraria, o se tendrán por “reconocidos o recibidos” los documentos (arts. 356 inc. 1º y 358); b.3) la de exhibir el documento que estuviere en su poder en los términos del art. 388, bajo apercibimiento de que su negativa a presentarlo “constituirá una presunción en su contra”; b.4) en el caso de documentación cuya autenticidad se ha negado, de presentarse a formar “cuerpo de escritura”, bajo apercibimiento tenérsela por reconocida (art. 394); b.5) la de presentarse a absolver posiciones, bajo apercibimiento de “ficta confessio” (art. 417), ya que, pese a la garantía constitucional del art. 18 de inmunidad de declaración en contra de sí mismo, el “derecho judicial” expresado a través de la CSN ha sido “constante en afirmar que... sólo rige en materia penal” (Bidart Campos, ibíd., p.463); b.6) la de no excusarse de responder las posiciones que le formule su contraria en la circunstancia de “no recordar el hecho”, ya que podrá tenérselo por “confeso en la sentencia” (art. 413, 2º párrafo); _todo lo que, nítidamente, hace ver que el principio de inocencia carece de exacta correspondencia o equivalencia en ambos procesos: penal y civil, pues, mientras en aquél la negativa de declaración ha sido despojada de cualquier significación (positiva o negativa a la postura procesal del inculpado), en modo alguno acontece algo semejante en este último, en donde la no presentación al proceso o la negativa infundada de respuesta, aparejan, en relación a actos procesales clave, consecuencias de signo negativo, y, ello mismo, demuestra lo poco feliz de este esfuerzo argumentativo del autor citado en su afán de denotar la

teoría de las “cargas... dinámicas”, pues, por más que la CIHD haya atribuido a dicho principio vigencia en orden a una universalidad procedimental, ello en modo alguno autoriza a concluir la equiparación absoluta que él pretende y su consecuencia: la invalidez de una doctrina cuya aplicación aparece necesariamente restringida a un solo tipo de proceso –el civil-, que es donde su articulación y operatividad resultan constitucionalmente compatibles con el tipo de cargas procesales antes aludidas; _conclusión que por lo demás se refuerza, en el hecho de que el citado fallo de la CIDH, está a su vez tomado de la mencionada obra de Gozaíni, “Derecho Procesal Constitucional...”, ps. 61/62, mas, como puede observarse en ese mismo lugar, este autor en modo alguno infiere de esa decisión una consecuencia semejante a la que expone el Dr. Benaventos, sino que antes bien, según se verá en la culminación del presente, propicia una visualización “solidarista” de la carga de la prueba diametralmente opuesta a la que este último sostiene”¹⁵¹.

3.2.3. También es interesante el planteo de Daniel Acosta que nos recuerda que la teoría de las cargas probatorias dinámicas también se aplica en el campo penal (y cita abundante doctrina y jurisprudencia), especialmente en los siguientes supuestos: a) eximentes penales (art. 34 incisos 6 y 7 del Código Penal); b) el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar (ley 13944); c) tenencia de estupefacientes para el consumo (art. 14 ley 23737) y d) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 del Código Penal)¹⁵².

3.2.4. Pero hay más, como bien lo explica Tosato la doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede tener aplicación “explícita” al aspecto penal y a la acción civil dentro del proceso penal actual.

En efecto, el autor de marras explica: “la técnica de endilgar la carga probatoria a quien mejor puede desarrollarla, no es totalmente ajena al derecho penal común, ni siquiera cuando recae sobre el indiciado, tal como se advierte de la tan discutida disposición del art.268 del Cód. Penal relativa a funcionario público que, al ser "(...) debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público (...)". Y ello no deja de ser así, ni siquiera porque se considere que el requerimiento expreso, elevado a condición objetiva de punibilidad, resulte un resguardo más de garantía en favor del imputado (CNCasación Penal, sala I, "Pico, José M. y otro", 08/05/2000, La LEY, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 06/07/2001, p. 27 y sigtes). En punto a que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas se aplica únicamente en ausencia de pruebas directas, cabe efectuar algunas reflexiones íntimamente relacionadas con la materia procesal penal. Ello es importante, porque suele suceder que al inicio de la pesquisa se colecten pruebas directas, incriminantes, de lo que podría inferirse que en ese caso la aplicación de la comentada doctrina quedaría automáticamente excluida. Sucede que nuestro sistema procesal penal concibe la indagatoria como acto de defensa, al par que manda -por cierto, en razón de la disciplina propia de la indagatoria (Conf. D'ALBORA, Francisco J., obra citada, p. 514), mucho más obligatorio para el investigador (Conf. MARTÍNEZ VEGA, María Laura, ""Estados Mentales del Juez frente a la Prueba", LA LEY, 2000-E, 335) que lo

¹⁵¹ Del voto del Dr. Luis E. Silva Zambrano en la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Neuquén, Sala II, 13.9.2007, in re “GARONA MARIA MARCELA Y OTROS CONTRA DI MODUGNO JUAN CARLOS S/COBRO ORDINARIO DE PESOS”, (Expte. N° 271237/1)”, versión on line en <http://www.zapala.com/norpatagonia/07/setiembre/s2/carga.html>

¹⁵² ACOSTA, Daniel; “Las cargas probatorias dinámicas y el proceso penal”, espigado en J.A. boletín especial del 11.6.2003, fascículo N° 11, págs. 26 y ss.

que muchos jueces creen- evacuar las citas y diligencias del indagado, al punto que constituye un requisito para el dictado de un auto de procesamiento válido. Algunas de esas indicaciones relativas a diligencias tendientes a probar descargos o a disminuir la responsabilidad en el hecho imputado, podrían ser de difícil obtención, o estar en poder del denunciante, o del querellante, del actor civil, o depender de la actividad policial o de una decisión del fiscal. En estas situaciones la doctrina de las cargas probatorias dinámicas debería campea ariosa. Sería el caso de la omisión de obtención de muestras de alcohol y sangre por parte de la policía al imputado ebrio, al que me referí casi al comienzo (Es evidente la relación que, en otros horizontes (EE.UU), guardan estos temas, con la obligación de informar a las otras partes sobre las pruebas colectadas, al punto que su omisión puede ser causal de nulidad del juicio desarrollado sin ese conocimiento). La solución, en realidad, es la misma a la que se arriba a través de las reglas de la sana crítica, inclusive por el camino de las pruebas tasadas que utilizaba también la lógica común para la obtención de conclusiones. Framarino de Malatesta decía: "(...) Si hay presunciones graves en contra del procesado, éste debe justificar lo que afirma en su descargo (...)" (Conf. FRAMARINO DE MALATESTA, Nicolás, "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Parte II, Capítulo IV, p. 172, párrafo tercero, Ed. Temis, 1973). Sin embargo, Mittermayer complementó estas ideas: "(...) Otras veces, los contraindicios se fundan en uno o varios hechos determinados, tomados de entre los de cargo, y demuestran que la relación, existente entre la persona acriminada y el delito puede explicarse de modo más satisfactorio; o que se ha hecho un empleo legítimo del objeto cuya posesión parecía a primera vista sospechosa, o que los hechos constitutivos de la presupuesta relación entre la persona y el delito no existían en el momento de su perpetración (...)" (MITTERMAYER, C.J.A., "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", ps. 376/377, Ed. Reus, 10ª ed., 1979). El principio de las cargas probatorias dinámicas encuentra su límite en el derecho procesal penal en razón de la presunción de inocencia; la garantía que posee el imputado de no ser obligado a declarar contra sí mismo, (art.18, Constitución Nacional); y hasta el derecho que le asiste de mentir ("A los imputados les está permitido mentir en todo o en parte, lo cual no puede ser valorado en su contra como 'indicio de mendacidad' (art.18, Constitución Nacional) ya que la tarea del juez y del fiscal es probar positivamente la comisión de los hechos que se imputan y no basarse en suposiciones derivadas de una actitud general de mendacidad (...)" (CCrim. y Correc., sala VI, c.12.077 "Ortiz" del 23 de diciembre de 1999, publicada en JPBA, 111-f. 28). Citado en c. "Flores Martínez, Mauricio O.", TOC 14, del 01/03/2000, LA LEY, 2001-C, 53). Pero es claro que esa limitación sólo abarca al imputado. Esta exposición tuvo en cuenta, en todo momento, que a los mismos objetivos se llega por diversos caminos. Es tentador preguntarse entonces, por qué convendría aceptar ahora que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas debería tener perfecta cabida explícita en la jurisprudencia procesal penal, para las partes acusadoras, ya que yo mismo me encargué de recordar, a cada paso que, dejando las cosas como están (a la doctrina comentada en el ámbito civil, comercial y laboral que hoy ocupa), por vía de las reglas de la sana crítica racional, puede arribarse a resultados satisfactorios. La respuesta es que si no se explicita que corresponden mayores cargas probatorias a quien dispone de mejores posibilidades en razón a la posesión de medios idóneos de prueba, la libre elección de los silogismos por parte de los jueces aumenta la posibilidad del dictado de sentencias por íntima convicción, sistema al cual, por suerte o por desgracia, creemos no haber adherido todavía. Y ello es así, porque la sutileza de la cuestión es propicia para la escogitación arbitraria del razonamiento. Más claro, la

ventaja de la aceptación llana de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas para las partes acusadoras -entre las que ya se incluyen a estos efectos al actor civil sin miramientos- consiste en que con la adopción explícita y jurisprudencial de un probado método de búsqueda de la verdad jurídica objetiva, los jueces no podrán usar aquella doctrina a veces sí, y a veces no. Las decisiones se tornarían más previsibles, en aras de la seguridad jurídica¹⁵³.

3.2.5. Pero allí no termina todo, a tal punto no sería inconstitucional aplicar la teoría en algún caso al imputado que, la mismísima Corte Europea de Derechos Humanos, ha resuelto que *revertir la carga de la prueba* estaba justificado y que *no contradice el art. 6 de la Convención*, ya que éste no prohíbe que se formulen *presunciones de hecho o de derecho*, existentes en todo sistema legal, sino que exige a los Estados que mantengan estas presunciones dentro de los límites razonables que tengan en cuenta los objetivos de la legislación y mantengan los derechos de la defensa (Sentencias del T.E.D.H. de 7 de octubre de 1988, caso “Salabiaku contra Francia”, 28 y 25 de septiembre de 1992; caso “Pham Hoang contra Francia”, y caso “Phillips contra United Kingdom”, 5 de julio de 2001)¹⁵⁴.

Incluso, las Convenciones de Viena y de Palermo (artículos 5.7 y 12.7 respectivamente) que ratificó nuestro país, permiten a los Estados *invertir la carga de la prueba en los procedimientos de decomiso* relativos al tráfico ilícito de drogas y al lavado de dinero. *La Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos aceptan presunciones si hay posibilidad del acusado de desvirtuarlas (rebuttal)* aunque la inaplicabilidad requiera al acusado o acusada, defenderse de sus implicaciones (ver: Consejo de Europa, Reversal of the burden of proof in confiscation of the proceeds of crime: a council of europe best practice survey (Best Practice Survey N° 2, PC-S-CO (2000) 8 Rev., págs. 9/10, 2000). Hoy la reversibilidad de la carga de la prueba en materia de decomiso (confiscation) puede ser considerada como aceptable por la Corte Europea de Derechos Humanos y la contestación a las presunciones debe ser exculpatoria más que autoincriminatoria y esta posición está siendo aceptada por un número creciente de países, entre ellos Bélgica (Corte Suprema de Bélgica. Decisión del 18 de febrero de 1998, Proces vs. Bewijs -ver “Reversal...” ob. cit. pág. 10)¹⁵⁵.

En el mundo, la tendencia de aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, se abre paso en el campo penal en materias de prueba difícil como por ejemplo, la lucha contra el crimen organizado (mafia), la lucha contra el terrorismo, la lucha contra los pedófilos, etc..

En este sentido, emblemático es el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción que *“pone en cabeza del funcionario la razonable justificación del incremento de su patrimonio con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones”*.

4. La tesis es “nueva” y “argentina”

Más allá de los antecedentes históricos que examino en este escrito, y de la moderna formulación de teoría (en las distintas -pero concordantes- versiones de

¹⁵³ TOSATO, Marcos A.; “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y su posible aplicación explícita al aspecto penal y a la acción civil dentro del proceso penal actual”, L.L. 2001-E-1208 y ss.

¹⁵⁴ Ver sentencia del 9.6.2005 de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal in re “Alzogaray, María Julia s/recurso de inconstitucionalidad”.

¹⁵⁵ Ver sentencia del 9.6.2005 de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal in re “Alzogaray, María Julia s/recurso de inconstitucionalidad”.

Peyrano, Morello, Oteiza y Lorenzetti), lo cierto es que, a esta imputación (si se quiere “folclórica”) ya había respondido Peyrano en uno de sus primeros escritos.

“La así denominada doctrina de las <cargas probatorias dinámicas> no constituía una absoluta primicia pues que ya existían por entonces, v.gr., pronunciamientos judiciales que de algún modo le daban cabida. La <<novedad>> consistía –como tantas veces sucede en materia jurídica- en el agrupamiento y decantamiento de reflexiones dispersas, las que encolumnamos detrás de un ideario y de un nomen iuris común”¹⁵⁶.

No obstante ello, también ha respondido la jurisprudencia:

En efecto, en el citado fallo de la Cámara Civil y Comercial de Neuquén, el Dr. Luis E. Silva Zambrano, agrega “_desde otro ángulo, que en ocasión alguna he observado que la “doctrina...” se atribuyera propiamente a factura o elaboración nacional, y antes bien, Peyrano y Chiappini a quienes, a mi juicio, es dable atribuirles el mérito de ser sus primeros “expositores de modo sistemático”, no vacilan en afinarla en las consecuencias del pensamiento de J. Goldschmidt en cuanto al proceso como fuente de “vínculos jurídicos entre las partes”, no constitutivos propiamente de “relaciones jurídicas” sino de “situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades, y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal... y las últimas, las cargas, ‘imperativos del propio interés’, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones” (“Derecho Procesal Civil”, Barcelona, 1936, p. 8, en cita de esos autores, ED 107-1005, el énfasis es mío). Y añaden ellos: “Ahora bien: durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de ‘carga probatoria’, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor; quien siempre concibió a su teoría del proceso como si fuera una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales. “Ocurrió entonces que, adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios ‘fijaron’... las reglas de esta carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos –además- para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución.” (íd., p. 1006); empero, esos autores, amén de la fuerza de esas ideas del reconocido maestro alemán, no dejan de reconocer el importante aporte anterior de la jurisprudencia nacional: “... paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron el encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo... (que) no resulta en todos los supuestos idóneo para indicar con acierto quién debe soportar, desde una correcta perspectiva axiológica, la carga de probar ciertos hechos controvertidos” (íd. p. 1006; el énfasis es mío)”¹⁵⁷.

5. La respuesta a la descalificación de la concurrencia, colaboración o solidaridad

Ha sido Hugo Acciarri quien se ha ocupado de este tema.

¹⁵⁶ PEYRANO, Jorge W.; “Desplazamiento de la carga probatoria – carga probatoria y principio dispositivo”, J.A. 1993-III-738.

¹⁵⁷ Del voto del Dr. Luis E. Silva Zambrano en la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Neuquén, Sala II, 13.9.2007, in re “GARONA MARIA MARCELA Y OTROS CONTRA DI MODUGNO JUAN CARLOS S/COBRO ORDINARIO DE PESOS”, (Expte. N° 271237/1)”, versión on line en <http://www.zapala.com/norpatagonia/07/setiembre/s2/carga.html>.

En ese cometido, explica: "En primer lugar, es verdad que si las dos partes debieran probar un mismo hecho (o, respectivamente, su inexistencia) y ninguna lograra convencer en el sentido que le toca, la regla que impone esa especial solidaridad probatoria, o carga conjunta, no resolvería el asunto. Hasta allí, la crítica parece acertada. El error radica en que, en la correcta reconstrucción teórica del punto (y en la concreta práctica judicial), no suele ser ese el significado que se da a la regla. La cuestión central, que pasa inadvertida, es que la posición crítica (que también llamaré "clásica" porque defiende la superioridad de pautas tradicionales) y las "modernas" (Esta calificación que emplearé en lo sucesivo, llamando "moderna" a una posición (o a todo un género de posiciones), y "clásica" o "tradicional", a las líneas divergentes es, por cierto, meramente convencional. También -aunque pueda sonar paradójico- me refiero a estas últimas como "críticas", simplemente porque objetan o critican a las primeras), a las que se enfrenta, parten de considerar universos fácticos distintos. Suponen -las últimas- un universo más "fino", o detallado, mientras que las primeras suelen trabajar con uno menos fino, menos fragmentado. Esta distinción y estas denominaciones no tienen, evidentemente, carga valorativa, sino que intentan expresar que las doctrinas identificadas como partidarias de las cargas dinámicas discriminan más unidades fácticas mínimas que las posiciones clásicas. Analizar un mismo objeto como "un conjunto de libros individuales" es, según este esquema, trabajar con un universo más fino que el que se adoptaría si se viera el mismo objeto como una biblioteca, como un solo ente inescindible. En ese sentido, por esa mayor disección de la realidad, las doctrinas modernas, analizando los mismos elementos, distinguen más "átomos", más unidades mínimas, que las tradicionales. Las posiciones modernas, por otra parte, tienen su campo de aplicación en situaciones particulares -en general en procesos de conocimiento en los cuales se ventilan deberes u obligaciones de estructura compleja (Esta salvedad es remarcable. No existe una corriente que adscriba a una completa aplicación de estos principios modernos, sino que se afirma su superioridad en situaciones como las descritas. Se trata, en síntesis, de una doctrina de aplicación sectorial, y en esos sectores se muestra superior a las tradicionales)- especialmente propicios para esa consideración particularizada. Imaginemos una cuestión clásica, como la prueba de la culpa en la responsabilidad por daños. Los opositores a las "cargas dinámicas", dirían que el peso de probar el factor de atribución (aquí, subjetivo) debe imponerse al actor o al demandado, pero nunca puede atribuirse a ambos. Esta conclusión es muy sólida si los presupuestos de hecho de la culpa se suponen un solo bloque fáctico indivisible. Si, en cambio, se asume que ese presupuesto está constituido por un amplio conjunto de circunstancias separables, es muy claro que resulta perfectamente posible asignar a una de las partes la carga de probar algunas de esas circunstancias individuales, (por ejemplo, los extremos 1, 5, 9,...) y a la otra, otras (por caso, los 2, 3, 4, 7, 8, ...). Lo inconsistente -o al menos, problemático, siguiendo la estructura de la posición crítica en comentario- sería que una misma "unidad mínima de análisis" (sea el presupuesto 1, 2, ó 3, en un universo más fino, o el "bloque" de los presupuestos fácticos, si abordáramos menos finamente el asunto) constituya carga de las dos partes contradictoras, a la vez. Y en la realidad, lo que ocurre no es eso, sino que se adopta ese tratamiento diferenciado, esa disección fina a la que antes aludí, y con esa base se atribuye la carga de probar cada circunstancia particular, cada "micro-unidad fáctica" de las que componen el campo, a una u otra parte, según su mayor o menor dificultad (Si se observan los fallos que aplican las doctrinas en cuestión, se ve que, en todos los casos, dan por incumplida la carga de una de las partes, y fallan (en el punto respectivo)

en contra de la misma, a causa de ese incumplimiento. Eso demuestra con claridad que sí presuponen una exclusividad (o "principalidad") en la acreditación de esas circunstancias particulares, adscripta a una de las partes. La diferencia se centra en ese modo de distinguir entre bloques de presupuestos fácticos y presupuestos particulares, o en otras palabras, la opción por trabajar -aun cuando eso no sea explícito- con universos fácticos más finos). En este sentido, la objeción lógica pierde sustento: no es inconsistente que ambas partes tengan la carga de probar presupuestos fácticos distintos, aunque todos se inscriban dentro de un mismo campo (aquí, dentro de lo que genéricamente vengo denominando "la culpa del dañador"), ya que esa pertenencia común no implica superposición ni identificación. Así deben entenderse las afirmaciones que sostienen que ambas partes deben contribuir a probar sobre un mismo campo global, como ocurre con el factor subjetivo de atribución en el ejemplo que antecede"¹⁵⁸.

6. La respuesta a la crítica al dinamismo

También, en su brillante trabajo, es Hugo Acciarri quien desestima esta crítica.

Y lo hace con el siguiente razonamiento: "La crítica al dinamismo merece también un cierto detenimiento. En primer lugar, no es una objeción lógica que las reglas de un juego puedan cambiar con su desarrollo: esa posibilidad no implica que el juego no tenga reglas (ni que por eso pierda su esencia de "juego", o aquí, de "proceso"). La posibilidad de cambio de reglas es lógicamente, una regla, siempre que exista al menos un patrón de cambio. No obstante, aunque no sea un obstáculo lógico, podría sostenerse que esa incertidumbre motivada por el cambio es disvaliosa, desde el punto de vista social. El análisis del tema, en consecuencia, puede dividirse en varios aspectos. En primer lugar, se podría preguntar si la posición clásica escapa a esa fluctuación que parece propia de las doctrinas modernas: si, en síntesis, es verdaderamente más estática y provee una mayor certidumbre cuando se desea saber, predeterminadamente, qué hechos concretos corresponderá acreditar a cada parte, con independencia de los devenires particulares del proceso. Luego, cabría también indagar si realmente las doctrinas modernas incrementan esa incertidumbre que ya podría existir en las clásicas. Y finalmente, si esa presunta certeza, esa seguridad jurídica que se dice valorar y contribuir a consolidar por las posiciones tradicionales, es un valor absoluto, o incondicionado -o al menos, principal- dentro del sistema. Apreciado el tema con propiedad se advierte que el dinamismo, -entendido como incertidumbre inicial sobre quien cargue con la necesidad de acreditar algunos presupuestos-, no es privativo de la doctrina de las cargas dinámicas, sino propio de la estructura del proceso. En el sistema clásico -y presuntamente estático respecto de la distribución de las cargas probatorias- tampoco queda determinado ab initio el conjunto de los hechos concretos a acreditar por cada parte. Decir que una de las partes debe probar, en el ejemplo antecedente, la "culpa del dañador", no da una regla completa que permita distinguir desde el inicio del proceso cuáles hechos individuales y concretos debe acreditar cada contendiente. Así (para seguir en la línea del ejemplo precedente), la mera prueba de un conjunto limitado de hechos, si no se acreditan otros, podría configurar la culpa del dañador. Pero esos mismos hechos, si se prueba uno adicional, podrían dejar de ser suficientes, y -en este

¹⁵⁸ ACCIARRI, Hugo; "Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales", L.L. 2001-B, 663 y ss.

nuevo escenario- podría requerirse de otros nuevos para configurar el mismo reproche. Por ejemplo, la prueba de la falta de empleo de ciertos elementos médicos, será suficiente -en ciertas circunstancias- para probar el actuar culpable de un profesional de la medicina. Pero si se acreditara que esa falta respondió a una situación adicional, la culpa podría quedar descartada (v.gr., que en una sala médica pública de campaña no se contaba con cierto elemento, por falta de provisión del Estado). Sin embargo, nada termina allí: si, pese a estar probada la falta de provisión, se acreditara que se contaba con ese elemento crucial a poca distancia, probablemente "lo culposo" renacería. Y caería de nuevo si se acreditara que, pese a la cercanía, el estado del camino no permitía llegar a tiempo, y resurgiría si el vehículo especial provisto para ello al médico hubiera sido empleado para otro uso que ahora lo hacía indisponible para su función, y así hasta lo indeterminado (las cargas de probar están influidas tanto por las cargas de la contraparte, como por otros hechos. Esto es, si se acredita un hecho que imponga a una de las partes la necesidad de probar otros para triunfar, no importa que la acreditación del primero surja en virtud de una carga de su contraparte, de una carga propia, o de otra circunstancia). Este tipo de situaciones demuestra que las cargas probatorias cobran importancia no sólo ante la falta absoluta de prueba, sino también ante su existencia, de modo muy particular. Y que la predeterminación de unidades "gruesas" o "globales" a acreditar (v.gr., la culpa de la víctima, la relación causal, etc.) no sirve para definir las cargas de probar circunstancias individuales concretas, ni escapa al dinamismo propio de un "juego" dependiente de las acciones de dos partes enfrentadas y con incertidumbres bilaterales. El dinamismo, en síntesis, es una consecuencia de la estructura interna de ese juego particular que es el proceso y no es invulnerable al mismo la interpretación tradicional de la doctrina de cargas probatorias, pese a su pretendido estatismo. El mismo esquema de hechos antes expuesto puede ser explicado, por cierto, de acuerdo a la configuración tradicional de hechos en "constitutivos" e "impeditivos" u "obstativos". El problema es que, para saber si un hecho concreto será en definitiva, obstativo a la pretensión, puede requerirse de ulteriores acreditaciones (ulteriores, en la secuela lógica de presupuestos a acreditar). Esto es: la propia calidad de obstativo o impeditivo dependerá a su vez, de otros hechos, todavía no acreditados al momento de la traba de la litis, y por lo tanto incluidos dentro del campo de la incertidumbre inicial. Siguiendo con los ejemplos médicos, no realizar un estudio puede ser un elemento determinante de la culpa médica. Pero haberlo realizado puede ser obstativo a la configuración de esa calificación subjetiva sólo si a ese hecho original siguieron otros (v.gr., un tratamiento adecuado a su resultado), concordantes y consistentes con el mismo. Si esos hechos posteriores no se verifican (si no se tienen por verificados) el mero hecho inicial (el estudio) no será ya un hecho obstativo o impeditivo. Y los ulteriores, que condicionan esa calificación, no desvirtúan el primero, no atacan su validez, ni lo refutan sino que se relacionan conceptualmente con el primero en un plano distinto. Así, pensar en "hechos impeditivos" (como categoría sencilla y que resuelva el problema de la fluctuación), en relaciones tan difíciles como las que incluyen deberes complejos, deja en pie la posibilidad de circularidades irresolubles: la propia calificación de ciertos hechos como "constitutivos" o "impeditivos" depende de otros, que a su vez, deberán calificarse de algún modo dentro de esa modalidad de clasificación. En consecuencia la calificación de hechos en constitutivos, impeditivos, u otras categorías fijas, tampoco aporta demasiado a favor de la predeterminación concreta, que entre los críticos se estima deseable. Lo dinámico, en conclusión, nunca está ausente de las cargas probatorias, y esto a pesar de la ilusoria

seguridad que brindan los cánones clásicos. Por más que se atribuya con claridad a cada parte la carga de probar ciertos "bloques" de elementos fácticos, la discriminación de hechos individuales y concretos que los integren nunca puede definirse de modo expreso y predeterminado, sino que es, por la naturaleza del proceso, dinámica e incierta, en el sentido arriba expuesto"¹⁵⁹.

11. Adhesión doctrinaria

11.1. Argentina

1. En Argentina, la teoría de las cargas probatorias dinámicas ha sido seguida por la más calificada *doctrina procesal*, entre cuyos más destacados exponentes podemos citar –olvidando seguro a algunos de igual talla– a Isidoro Eisner¹⁶⁰, Roland Arazi¹⁶¹, Enrique Falcón¹⁶², Roberto Berizonce¹⁶³, Guadalberto Lucas Sosa¹⁶⁴, Eduardo Oteiza¹⁶⁵, Mario Kaminker¹⁶⁶, Osvaldo Gozáini¹⁶⁷, Jorge Kielmanovich¹⁶⁸, Juan Pedro Colerio¹⁶⁹, Juan Antonio Constantino¹⁷⁰, Jorge Rojas¹⁷¹, Carlos Ponce¹⁷², Héctor

¹⁵⁹ ACCIARRI, Hugo; "Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales", L.L. 2001-B, 663 y ss.

¹⁶⁰ EISNER, Isidoro; "Desplazamiento de la carga probatoria", L.L. 1994-C-846.

¹⁶¹ ARAZI, Roland; "La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica", 2da. Edición actualizada y aumentada, ed. La Rocca, Buenos Aires 1998, págs. 104 y ss.

¹⁶² FALCÓN, Enrique M.; "Tratado de la prueba civil, comercial, laboral, penal y administrativa", ed. Astrea, Buenos Aires 2003, Tomo I, págs. 269/270.

¹⁶³ BERIZONCE, Roberto; "Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias (a propósito de las reformas procesales en Argentina)", en Revista de Derecho de Daños N° 5, "La prueba del Daño – II", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999.

¹⁶⁴ MORELLO, Augusto; SOSA, Gualberto y BERIZONCE, Roberto, "Códigos Procesales en los Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", 2ª ed., Buenos Aires, 1991, T. V-A, pág. 140.

¹⁶⁵ OTEIZA, Eduardo; "El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del libro "Los Hechos en el Proceso Civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003.

¹⁶⁶ KAMINKER, Mario E.; "Reflexiones sobre hechos, pruebas, abogados y Jueces", material de Fundesi.

¹⁶⁷ GOZAÍNI, Osvaldo; "Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, págs. 382 y ss. *Ibidem*: "Derecho procesal civil", Tomo I, Volumen 2, página 602. *Ibidem*: "La carga de la prueba en la responsabilidad médica", Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, págs. 131 y ss.

¹⁶⁸ KIELMANOVICH, Jorge; "Teoría de la prueba y medios probatorios", 3ra. edición ampliada y actualizada, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, pág. 74.

¹⁶⁹ COLERIO, Juan Pedro; "La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba", L.L. 1990-B-298 y ss.

¹⁷⁰ CONSTANTINO, Juan Antonio; "Los desplazamientos actuales de la carga de la prueba", J.A. 1992-IV-775.

¹⁷¹ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge; "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los Códigos Provinciales", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2001, Tomo II, págs. 296 y ss.

¹⁷² PONCE, Carlos; "Reflexiones sobre el moderno concepto de la carga probatoria", en Revista de Derecho Procesal y Práctica Forense N° 1, ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000, págs. 28 a 31.

Leguisamón¹⁷³, Guillermo Enderle¹⁷⁴, Luis Eduardo Sprovieri¹⁷⁵, Mario Masciotra¹⁷⁶, Juan Carlos Hitters¹⁷⁷, Mabel de los Santos¹⁷⁸, Gladis Midón¹⁷⁹, Marcelo Sebastián Midón¹⁸⁰, todos los integrantes del Ateneo de Estudio del Proceso Civil que dirige el Dr. Jorge W. Peyrano (Juan Alberto Rambaldo, Carlos Carbone, Daniel F. Acosta, Inés Lépori White, Guillermo Peyrano, Edgar Baracat, Marcos Peyrano, Carolina Eguren, Sergio Barberio, Ivana M. Airasca, María Belén Tepsich, Miryam Balestro Faure, Beatriz Ruzafa, Héctor H. Cárdenas, Carlos Daniel Pastor, Guillermina Cornero, Juan Carlos Alegre, Juan Carlos Vallejos, Juliana Bilesio, Marisa Gasparini, Graciela Di Marco, José Luis Mascali, entre otros)¹⁸¹, Juan Manuel Hitters¹⁸², José M. Torres Traba¹⁸³, Germán Vivas¹⁸⁴, Dante Daniel Rusconi¹⁸⁵, Alejandro Boulín¹⁸⁶, etc., etc..

2. También ha sido recibida y aplicada a sus estudios, por los *civilistas* más renombrados del país, entre los que podemos citar a Atilio Alterini¹⁸⁷, Luis O. Andorno-Roberto López Cabana-Roberto Brebbia-Eduardo A. Zannoni- Gustavo Bossert-Carlos A. Parellada-Rubén Compagnucci de Caso-Enrique Banchio-Ramón D. Pizarro-Carlos G. Vallespinos-Gabriel Stiglitz-Graciela Messina de Estrella Gutiérrez-José W. Tobías-

¹⁷³ LEGUISAMÓN, Héctor E.; “La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas”, publicado inicialmente en “Temas de Derecho Procesal”, Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal, N° 2, mayo del año 2000 y luego reproducido en el libro “Cargas probatorias dinámicas”, dirigido por Jorge W. Peyrano y coordinado por Inés Lépori White, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, págs. 109 a 124.

¹⁷⁴ ENDERLE, Guillermo; “Funcionalidad de la carga de la prueba”, Jurisprudencia de Entre Ríos, Tomo 88, págs. 1519 y ss.

¹⁷⁵ SPROVIERI, Luis Eduardo; “Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas”, E.D. entrega del 25.9.1998.

¹⁷⁶ MASCIOTRA, Mario; “La conducta procesal de las partes. El principio de colaboración y los deberes del juez”, E.D. 209-846.

¹⁷⁷ El Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Juan Carlos Hitters, prefiere aludir a la “*carga interactiva de la prueba*” y así lo ha plasmado en sus sentencias (ver su voto en, por ejemplo, Ac.B 49753, 2/12/97 “Ambrosio”, J.A.1999-5-130).

¹⁷⁸ DE LOS SANTOS, Mabel; “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar”, J.A. 1993-IV-866. *Ibidem*: “El juez frente a la prueba”, J.A. 1996-I-652. *Ibidem*: “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, ponencia presentada en el XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal (Mendoza-2005).

¹⁷⁹ MIDÓN, Gladis Estigarribia de; “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, ed. Mave, Buenos Aires 1999, págs. 356 y ss.

¹⁸⁰ MIDÓN, Marcelo Sebastián; en AAVV; “Tratado de la prueba”, coordinado por el Marcelo S. Midón, ed. Librería de la Paz, Resistencia (Provincia de Chaco) 2007, págs. 167 y ss. También en su libro “Derecho Probatorio. Parte General”, ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2007, *passim*.

¹⁸¹ Pueden consultarse -con mucho provecho- los aportes de todos estos autores en el Libro colectivo: AAVV, “Cargas probatorias dinámicas”, dirigido por Jorge W. Peyrano y coordinado por Inés Lépori White, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, *passim*.

¹⁸² HITTERS, Juan Manuel; “Algunas cuestiones procesales y sustanciales que repercuten en los llamados procesos colectivos”, La Plata 2005, pág. 11, versión on line en www.calp.org.ar/Instituc/Areas/Acad/pjw/colectivos.pdf.

¹⁸³ TORRES TRABA, José M.; “Inconvenientes procesales en el trámite de los procesos colectivos”, L.L. 2005-B, 1204 (ver cuerpo del artículo y cita al pie n° 22).

¹⁸⁴ VIVAS, Germán; “La teoría de las cargas probatorias dinámicas”, espigado en Zeus N° 7808 del 9.11.2005.

¹⁸⁵ RUSCONI, Dante Daniel; “El rol del Estado y el Derecho del Consumidor en desarrollo”, versión on line en http://www.legalmania.com.ar/derecho/rol_estado_derecho_consumidor.htm.

¹⁸⁶ BOULIN, Alejandro; “Las ideas de libertad e igualdad. La constitución y los principios fundamentales del proceso”, L.L.Gran Cuyo 2002, 613 y ss.

¹⁸⁷ ALTERINI, Atilio; “Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual”, L.L. 1988-B-947 y ss. Especialmente, pág. 951 (y cita 19).

Isidoro Goldemberg-Juan José Casiello-Jorge A. Zago-Angel Chavarri-Aníbal Piaggio¹⁸⁸, Aída Kemelmajer de Carlucci¹⁸⁹, Jorge Mosset Iturraspe¹⁹⁰, Ricardo Lorenzetti¹⁹¹, Jorge Bustamante Alsina¹⁹², Félix A. Trigo Represas¹⁹³, Alberto Bueres¹⁹⁴, Julio Rivera-Eduardo Zannoni-Augusto Belluscio-Sergio Le Pera-Federico Videla Escalada-Salvador Bergel y Aída Kemelmajer de Carlucci¹⁹⁵, Roberto Vázquez Ferreyra¹⁹⁶, Marcelo López Mesa¹⁹⁷, Carlos Ghersi¹⁹⁸, Edgardo I. Saux¹⁹⁹, Jorge M. Galdós²⁰⁰, Celia Weingarten²⁰¹, Silvina Pereira Marques²⁰², Oscar Romera²⁰³, Fernando Sagarna²⁰⁴, Juan C. Venini²⁰⁵, Hugo Acciarri²⁰⁶, Flavio Ismael Lowenrosen²⁰⁷, Jaime

¹⁸⁸ Conforme lista que elaboró Alberto BUERES, en su voto como Juez de la CNCiv., Sala D., 28.2.1996 in re “F.; F. M. y otro c/Centro Médico Lacroze y otros”, comentado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto; “Importantisimos aspectos del Derecho de Daños en un fallo sobre responsabilidad médica”, L.L. 1996-D-447 Ver especialmente págs. 456/457.

¹⁸⁹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica”, J.A. boletín del 3.6.92. En particular y refiriéndose a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, corresponde citar este pasaje de otras de sus brillantes obras: “... *este sistema probatorio carente de rigidez, se concilia con las nuevas tendencias procesales que imponen a las partes conducirse de buena fe, aportando al tribunal toda aquella prueba que las pueda beneficiar para llegar a la verdad real. La mejor situación puede estar fundada en razones técnicas, económicas, jurídicas, etc..* Adviértase que esta norma, a diferencia de lo que acontecía con el art. 1625 del Código Unico de 1987, no rige solo para los profesionales liberales, sino que es un régimen general de la prueba que desiguala a los desiguales, consagrando de este modo, la igualdad constitucionalmente amparada ... *el sistema así explicado, ha sido aplicado por la jurisprudencia nacional en otros sectores* (por ej. en la acción de simulación), *sin que nadie lo haya atacado por vulnerar la seguridad jurídica*” (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; “La Responsabilidad Civil en los Albores del siglo XXI (La responsabilidad en el Proyecto de Reformas del Código Civil de 1993), J.A. boletín N° 5827 del 5.5.1993, pág. 6)

¹⁹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge; “La prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil en el proyecto de 1998 (arts. 1618, 1619 y 1620 del PCC)”, en Curso de Actualización en Derecho Procesal, Temas de Apoyo, Prueba, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2001, págs. 33 y ss.

¹⁹¹ Ver las obras anteriormente citadas en el apartado respectivo.

¹⁹² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge; “Prueba de la culpa médica”, L.L. 1992-D-579.

¹⁹³ TRIGO REPRESAS, Félix; “La prueba del daño emergente y del lucro cesante”, en Revista de Daños N° 4, ed. Rubinzal Culzoni, N° 4 –“La Prueba del Daño”, Santa Fe 1999, págs. 39 y ss.

¹⁹⁴ Conforme su voto como Juez de la CNCiv., Sala D., 28.2.1996 in re “F.; F. M. y otro c/Centro Médico Lacroze y otros”, comentado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto; “Importantisimos aspectos del Derecho de Daños en un fallo sobre responsabilidad médica”, L.L. 1996-D-447.

¹⁹⁵ Conforme el Proyecto de reformas al Código Civil que la Comisión formada por estos ilustres profesores elaboró en 1993, ver “Reformas al Código Civil”, ed. Astrea, Buenos Aires 1993, texto del artículo 1554.

¹⁹⁶ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.; “Prueba de la culpa médica”, ed. Hammurabi, Bs. As. 1991, pág. 93. Ver también: “Apagones y responsabilidad civil”, L.L. 1999-B, 1262;

¹⁹⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo, “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española)”, versión on line en http://www.eft.com.ar/DOCTRINA/articulos/libros-carga_de_la_prueba.htm.

¹⁹⁸ GHERSI, Carlos A.; “Accidentes de automotores (La reconstrucción del hecho y las cargas probatorias. Los rubros reparativos y la imposición de las costas)”, L.L. 1994-E, 239. Ver también: GHERSI, Carlos A., “Responsabilidad por prestación médico asistencial”, p. 343 (Cap. XVI Carga de la prueba. Tendencia jurisprudencial), Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1993

¹⁹⁹ SAUX, Edgardo I.; “La dinámica de las cargas probatorias y el activismo judicial en un proceso por simulación”, LLLitoral 1997, 7 y ss.

²⁰⁰ GALDÓS, Jorge M.; “Prueba, culpa médica y cargas probatorias dinámicas (en la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires)” en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 56, diciembre 1995, p. 35 y ss. Ver también: “El principio ‘favor debilis’ en materia contractual - Algunas aproximaciones”, L.L. 1997-D, 1112.

Fernández Madero²⁰⁸, Manuel Cornet²⁰⁹, Martín Pirola²¹⁰, María Fabiana Compiani²¹¹, Juan Manuel Alterini²¹², etc., etc..

3. Y, por supuesto, por cultores de las disciplinas más diversas, como por ejemplo: Osvaldo J. Mafía²¹³, Luis Carranza Casares²¹⁴, Waldo Augusto Roberto Sobrino²¹⁵, Graciela Lilian Rolero²¹⁶, Gustavo A. de Cara Correa²¹⁷, Mariana Chucair y Jorgelina Hayt²¹⁸, Graciela Yannaduoni²¹⁹, Norberto C. Darcy²²⁰, Sara Lía Valentino²²¹, Patricia Barbado²²², Marcos Torassa y Agustina O' Donnell²²³, Daniel E. Stortini²²⁴, Gloria M. Pasten de Ishihara²²⁵, Emiliano A. Gabet²²⁶, Gabriel Martínez Medrano y Gabriel Soucasse²²⁷, Horacio Roberto Granero²²⁸, Teodora Zamudio²²⁹, Ricardo Ariel González Zund²³⁰, Marcelino Sixto Gatti²³¹, Daniel F. García²³², Floreal López

²⁰¹ GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia; "Responsabilidad médica: La doctrina de la casación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", J.A. 1993-IV-66.

²⁰² PEREIRA MARQUES, Silvina; "La carga de la prueba de la culpa profesional médica", en J.A. número especial sobre "Cargas Probatorias Dinámicas", Bs. As. junio de 2003, págs. 66 y ss.

²⁰³ ROMERA, Oscar Eduardo, y VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Defensa del consumidor: sobrefacturación telefónica y carga probatoria", JA, 1995-II-178.

²⁰⁴ SAGARNA, Fernando; "La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución", L.L. 2000-D-1000.

²⁰⁵ VENINI, Juan C.; "La reparación del daño y el acceso a la justicia", en J.A. boletín N° 6039 del 28.5.1997.

²⁰⁶ ACCIARRI, Hugo; "Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales", L.L. 2001-B, 663.

²⁰⁷ LOWENROSEN, Flavio Ismael; "La carga dinámica de la prueba, herramienta procesal que protege de modo real el derecho de los usuarios y consumidores", versión on line en www.eldial.com.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ MADERO, Jaime; "Las nuevas ideas en el derecho de daños", L.L. 2002-A-1102.

²⁰⁹ CORNET, Manuel; "Responsabilidad civil del cirujano plástico", Conferencia pronunciada en su acto de incorporación como académico de número el 4.4.2005, versión on line en www.acader.unc.edu.ar.

²¹⁰ PIROLA, Martín; "La responsabilidad médica a la luz del moderno derecho de daños", versión on line en <http://www.lexartis.com.ar/images/noticias/doc/Pirola.doc>.

²¹¹ COMPIANI, María Fabiana; "La dificultad de la prueba en los juicios de mala praxis médica", L.L. 2007-A-467 y ss.

²¹² ALTERINI, Juan Manuel; "La prueba de la culpa en el Proyecto de Código Civil de 1998", publicado en PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier - ALTERINI, Juan Martín (Coordinadores), "Instituciones de Derecho Privado Moderno. El Proyecto de Código Civil de 1998", Buenos Aires, 2001, *passim*.

²¹³ MAFFÍA, Osvaldo J.; "¿Hay alguna diferencia entre incumplimiento y estado de cesación de pagos?", ED 207-905.

²¹⁴ CARRANZA CASARES, Luis; "Caracteres generales del Hábeas Data", versión on line en http://www.informatica-juridica.com/trabajos/caracteres_generales_del_corpus_habeas.asp.

²¹⁵ SOBRINO, Walter Augusto Roberto; "Responsabilidad por acoso sexual (y la importancia de aplicar la <<teoría de las cargas probatorias dinámicas>> y los <<daños punitivos>>)", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, L.L. Tomo 1999, 212 y ss. También, del mismo autor: "Responsabilidad de las Empresas Proveedoras de Servicios de Internet", Revista de Derecho Informático, ed. Alfa-Redi, N° 25, agosto del año 2000. *Ibidem*: "Las nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet & E-Commerce y los nuevos Seguros que amparan los riesgos", versión on line en <http://222.leyesnet.com/classic/opinion.asp>.

²¹⁶ ROLERO, Graciela Lilian; "Proveedores de los servicios de Internet. Responsabilidades civiles emergentes", su ponencia al VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires 2/4 de octubre de 2002, disponible en <http://www.aaba.org.ar/bi20op37.htm>.

²¹⁷ DE CARA CORREA, Gustavo A.; "Responsabilidad e Informática", versión on line en http://www.foroabogadossanjuan.org.ar/Doctrina_Provincial/articulo_doctrina_decara.htm.

²¹⁸ CHUCAIR, Mariana y HAYT, Jorgelina; "Acciones de las víctimas de daños informáticos en supuestos de violación a la intimidad", versión on line en http://www.casi.com.ar/academica/derecho_civil2.htm.

Delgado²³³, Mónica Rocco y José Luis Laquidara²³⁴, José A. Lencina Malgor²³⁵, Hugo Rodríguez Almada - Antonio Grille y Domingo Mederos²³⁶, María Cristina Plovovich de Hermida²³⁷, Fernando G. Mariona²³⁸, etc., etc.

11.2. Brasil

En Brasil, se ha difundido de manera notable la teoría de marras, pudiendo citarse, entre sus cultores más modernos a:

²¹⁹ SOBRINO, Augusto Roberto y YANNADUONI, Graciela; “La responsabilidad del productor de seguros”, en el libro “Responsabilidad profesional”, dirigido por Carlos Gherzi, ed. Astrea, Buenos Aires 1995, págs. 148 y ss.

²²⁰ DARCY, Norberto; “Apuntes sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, versión on line en www.eldial.com.

²²¹ VALENTINO, Sara Lía; “El Derecho Natural en las ramas de la abogacía: Derecho Natural y Derecho Procesal Civil: Cargas probatorias dinámicas”, E.D. 209-1117 y ss.

²²² BARBADO, Patricia; “La prueba del acoso psicológico en el ámbito laboral”, J.A. boletín del 12.8.2005.

²²³ TORASSA, Marcos y O’ DONNELL, Agustina; “Cargas probatorias dinámicas: su aplicación al procedimiento de determinación de oficio sobre base presunta”, trabajo presentado en el 6° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, Julio 2004, versión on line en http://lasesores.com/paginasgeneradas/cargas_probatorias_dinamicas.htm.

²²⁴ STORTINI, Daniel E.; “Carga dinámica de la prueba y proceso laboral”, D.T. 2006 (junio), pág. 813.

²²⁵ PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M.; “Aplicación de la carga dinámica de la prueba en el derecho de Trabajo”, D.L.E. Tomo XVIII, marzo 2004, pág. 227.

²²⁶ GABET, Emiliano A.; “Flexibilización de la carga de la prueba y violencia laboral”, L.L. 2007-F-385 y ss.

²²⁷ MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel y SOUCASSE, Gabriel; “El registro de dominios de Internet en Argentina”, en Revista Derecho y Nuevas Tecnologías, n° 3, ed Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 237.

²²⁸ GRANERO, Horacio Roberto; “Los Bancos, la Comunicación BCRA 4609/2006 y la doctrina de la carga dinámica de las pruebas”, versión on line en www.eldial.com

²²⁹ ZAMUDIO, Teodora; “Responsabilidad de las Calificadoras de Riesgo frente a los depositantes de la entidad quebrada”, Revista Impuestos - La Ley N° 7 y 8, 1995, versión on line <http://www.zamudio.bioetica.org/concurso25.htm>.

²³⁰ GONZÁLEZ ZUND, Ricardo Ariel; “La Prueba de la Culpa Médica: Carga probatoria. Distintas posiciones. Reseñas jurisprudenciales”, su ponencia a las II Jornadas Interprovinciales de Responsabilidad Civil del Médico, en Homenaje a Luis O. Andorno.

²³¹ GATTI, Maximiliano Sixto; “El veterinario frente a la denuncia de mala praxis”, versión on line en http://www.produccionbovina.com/legales/08-el_veterinario_frente_a_la-denuncia_de_mala_praxis.htm.

²³² GARCÍA, Daniel F.; “Mala praxis médica (cirugías estéticas)”, versión on line en [http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/civil/mala_praxis_medica%20\(civil\).htm](http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/civil/mala_praxis_medica%20(civil).htm).

²³³ LÓPEZ DELGADO, Floreal; “Mala praxis: como funciona en la realidad”, versión on line en <http://www.revistamedicos.com.ar/numero23/pagina44.htm>.

²³⁴ ROCCO, Mónica y LAQUIADARA, José Luis; “Turismo y arbitraje”, su ponencia al 16° Congreso Internacional de la IFTTA -INTERNATIONAL FORUM OF TRAVEL AND TOURISM ADVOCATES-, Buenos Aires, 4 al 7 de octubre de 2004.

²³⁵ LENCINA MALGOR, José A.; “Impuestos Municipales”, versión on line en <http://eco.unne.edu.ar/finanzas/jornada/trabajos/trab-h.pdf>.

²³⁶ RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, GRILLE, Antonio y MEDEROS, Domingo; “Responsabilidad civil derivada del acto médico”, suplemento Derecho Médico, Doctrina, versión on line en <http://www.elderechodigital.com/smu/doctri/SDMD0019.html>.

²³⁷ PLOVANICH de HERMIDA, María Cristina; “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos”, en Revista Anuario N° 4, CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. 2000.

1. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes y Antonio Gidi, toda vez que éstos son los propulsores²³⁹ y co-autores del modernísimo Anteproyecto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (última versión enero de 2007), que, en su artículo 11 inciso 3º (al igual que lo que sucede en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica), consagra la teoría que nos convoca²⁴⁰.

2. Antônio Janyr Dall’Agnol Junior, quien presentó la teoría en los siguientes términos:

“A denominada teoría das cargas processuais dinâmicas, se não concebida por Jorge W. Peyrano, ilustre jurista argentino, foi, sem dúvida, por ele desenvolvida

²³⁸ MARIONA, Fernando G.; “Responsabilidad civil médica: Retención de riesgo, suma asegurada e incremento de costo. Verdad o consecuencia?”, versión on line en <http://www.medilex.cl/articulo9.htm>.

²³⁹ Como relata Aluisio GONÇALVES DE CASTRO MENDES en la exposición de motivos del mencionado Anteproyecto (Río de Janeiro, agosto de 2005): “Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram pioneiros na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro, como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual. Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida (Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município). A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma

em obras que mereceram ampla divulgação no meio hispano-americano. Se for possível reduzir a tese a um mínimo de termos, prefiro fazê-lo utilizando-me dos proferidos pelo jurista, em um desses trabalhos a que me referi: "En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinámicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva". A tese, aparentemente singela, rompe com a concepção "demasiado rígida y apriorística" da doutrina clássica, que adotava uma "visión exclusivamente estática" a questão relativa às regras da distribuição dos ônus da prova. A solução alvitada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. A aludida doutrina, em que pese tentativa de restringi-la, logrou êxito em diversos campos na Argentina, precipuamente no da responsabilidade profissional, a fortiori na médica, de algum modo aliviando o peso que ordinariamente aflige o autor da ação ressarcitória. Como o ensina Roberto Vázquez Ferreyra, "estas reglas de distribución de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a um resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda sua prueba para demostrar que obro com diligencia, prudência y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obro sin culpa". Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a "natureza" do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo. Como ensina Arazi, asseverando que o critério tem sido aplicado "com frequência" pela jurisprudência, "é importante que o Juiz valere as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando

proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida".

²⁴⁰ Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

quem se encontrava em melhores condições para comprovar o fato controvertido, assim como as razões pelas quais quem tinha o ônus de provar não produziu a prova". Mais adiante, o mesmo jurista registra que se denominou "dinâmica" a esta concepção "por sua mobilidade para adaptar-se aos casos particulares, a fim de opô-la a uma idéia estática igual para todos os supostos sem atender às circunstâncias especiais". O que ocorre, pelo visto, é uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, garantir o direito a quem realmente o titule [...] O que parece inegável, a estas alturas da história do processo civil, é que não mais se pode estabelecer aprioristicamente a própria distribuição do encargo de provar. E uso conscientemente o termo encargo, com o objetivo de fazer realçar o que Morello denomina "uma conciliação funcional mais intensa entre os deveres e os ônus, no sentido de comunhão de propósitos, mas com um desdobramento mais afinado de seus conteúdos"²⁴¹.

3. Antonio Danilo Moura de Azevedo, que se expresa de esta manera:

“Segundo o entendimento clássico, as regras emanadas do artigo sobredito seriam objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador. Entretanto, essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto. Por exemplo, há situações onde o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração pela mesma. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção por ela da prova imprescindível ao deslinde da causa "sub judice". Por tudo isso, a doutrina contemporânea vem pugnando pela flexibilização destas regras de distribuição do ônus da prova, no sentido de permitir ao juiz que, deparando-se com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, determinando que este ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento. Assim sendo, a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 333, vem sofrendo mitigações em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, que são alguns dos estandartes da perspectiva publicista do processo, atual tendência do Direito Processual Civil, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco. [...] 2. Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova. 2.1. Origem e definição. A chamada Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova tem suas raízes fincadas especialmente na Argentina, lá com a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Naquele país e em outros, como Espanha e Uruguai, vem sendo vastamente difundida e muito bem aceita no meio jurídico, sobretudo no campo da responsabilidade profissional. Tem como principal precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano ... Denota-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do "onus probandi" tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso especificamente. No dizer dessa teoria, não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo; o importante é que o juiz valore, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os

²⁴¹ DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr; "Distribuição dinâmica dos ônus probatórios", em Revista dos Tribunais, São Paulo, 788: 92-107, jun/2001. Também publicado em Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, p. 11, fev.2001.

fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária. Com efeito, se a parte a quem o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente. ... É indubitável que, à luz da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, ao juiz é dada uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus, colimando gerar um maior entrosamento e colaboração das partes com o órgão jurisdicional, como corolário direto dos princípios da solidariedade, cooperação, boa-fé, dentre outros. Se ao analisar a lide posta ao seu crivo, o juiz identificar que, pelos mandamentos da lei, o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste instante ele deverá mudar as regras de jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente ... Em apertada síntese, a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportar o ônus da prova, e impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio [...]

3. Conclusão. Ante todo o exposto neste trabalho, espera-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova receba proeminente adesão dos estudiosos do direito, mormente dos magistrados. Aquela visão estática que, aprioristicamente, obriga ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito invocado, e, ao réu, os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, sem levar em consideração as condições probatórias de cada parte, não condiz com os preceitos da atual sistemática do Processo Civil Brasileiro. Em nome da submissão incontestada à regra advinda do art. 333, do Código de Processo Civil, a prestação jurisdicional, muitas vezes, não produz lida Justiça à causa submetida à apreciação pelo Poder Judiciário – pois, pela regra geral tradicional, o ônus da prova poderia recair sobre a parte mais fraca do processo, isto é, sobre quem não tem condições de fazer a melhor prova capaz de lhe assegurar o direito por ela invocado, enquanto o juiz não faria nada para amenizar essa suposta injustiça, apenas aplicando a regra do ônus da prova se, ao final, do processo as partes não apresentarem suas alegações devidamente provadas. Corrigindo grande parte desses disparates provocados pela adoção de um regramento completamente rígido, que fere tantos princípios constitucionais, consoante demonstrado anteriormente, desponta a moderna teoria, por meio da qual o ônus da prova pode recair tanto no autor como no réu, a depender das circunstâncias do caso e da situação processual de cada uma das partes. Ao magistrado é permitido fazer um juízo de ponderação e, mediante decisão devidamente motivada, respeitando todas as garantias constitucionais asseguradas às partes, modificar a regra de distribuição do ônus da prova fazendo incidir sobre a parte que tem o controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de produzi-la a contento, ou seja, apta a trazer aos autos a prova capital que descortinaria a verdade dos fatos controvertidos. É logicamente insustentável que, se há uma parte em melhores condições de produzir a prova, deixe de fazê-lo unicamente pelo apego a formalismos exacerbados e, por que não dizer, desarrazoados. O processo moderno não mais coaduna com esse tipo de idéias, pois que seu escopo maior é garantir o direito a quem realmente seja seu titular”²⁴².

²⁴² MOURA de AZEVEDO, Antonio Danilo; “A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro”, versão on line desde <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.

4. Miguel Kfourì Neto adhiere a la teoria y sintetiza su dinamismo destacando que “as regras que determina a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar din mico”²⁴³.

5. Carolina Moraes Migliavacca, postula también que:

“O nosso Código de Processo Civil trabalha com a regra geral prevista no artigo 333, incisos I e II: incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, quanto   existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Entretanto, em determinados casos e em função da peculiaridade de cada processo,   necessário que o juiz, lançando mão dos dispositivos legais especiais sobre a inversão do ônus da prova, das construções doutrinárias e do Princípio do Inquisitivo, relativize as duas regras supramencionadas (artigo 333, I e II, CPC). Fará o magistrado com que o ônus da prova oscile entre autor e réu, ora em função da prova em si que se pretende obter, ora em função da relação desequilibrada entre as partes ... Nesta mesma idéia de prova como elemento pertencente ao processo e destinada à convicção do juiz, estando, portanto, vinculada ao esforço de ambas as partes, temos como mais um exemplo de manipulação do onus probandi em função da prova em si a ser produzida a técnica das Cargas Probat rias Din micas e Compartilhadas. Esta técnica, apesar de não muito conhecida em nosso país, vem sendo muito estudada e praticada pelos magistrados especialmente na Argentina. Muito embora tenham papéis semelhantes quando aplicadas à fase instrutória do Processo Civil, principalmente em ações de indenização de difícil instrução, os institutos das Cargas Probat rias Din micas e Cargas Probat rias Compartilhadas têm significados distintos. O instituto das Cargas Probat rias Din micas é a transferência da posição da parte litigante – autor ou réu –, em relação ao  nus da prova. Vale a citação de Miguel Kfourì Neto: “as regras que determinam tais posições, nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar – e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar din mico”. Denomina-se “din mico” exatamente porque a carga probatória apresenta uma mobilidade que depende de cada caso concreto. Em relação às Cargas Probat rias Compartilhadas, trata-se da atribuição do ônus da prova   parte que tem melhores condições de fazê-lo, como, por exemplo, os conhecimentos técnicos dos médicos em demandas de responsabilidade na área da saúde, exemplam já citado. Nota-se que o autor produz a sua prova para contribuir com a instrução da demanda; porém, o réu, no caso, médico, acaba sendo intimado para agregar elementos àquela mesma prova, “de forma a resultar em julgamento justo e compatível com a realidade”. Antonio Janyr Dall’Agnol Jr. refere com exatidão o propósito da teoria das Cargas Probat rias Din micas quanto das Cargas Probat rias Compartilhadas, apontando Jorge W. Peyrano como o jurista argentino que mais desenvolveu o assunto. Depreende-se, das palavras do autor brasileiro, a seguinte idéia: “a solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou r ) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo” [...]

²⁴³ KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 137 apud MOURA de AZEVEDO, Antonio Danilo; “A teoria din mica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro”, versão on line desde <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.

Concluimos, portanto, que a carga probatória, ao oscilar entre autor e réu fora dos limites estabelecidos no artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil, certamente contribui para a instrução da demanda e auxilia o juiz na obtenção de seu convencimento sobre a verdade dos fatos. O que deve ser observado, por outro lado, são os critérios considerados pelo magistrado quando do estabelecimento da inversão do ônus da prova (seja sob a ótica do direito do consumidor, seja em demandas em que há maior facilidade para uma das partes de obter determinada prova), para que não se tome esta técnica como forma usual de instrução dos processos (com exceção às situações em que o ônus da prova está invertido por força de lei, sem fazer menção a hipóteses a serem observadas no caso concreto para seu estabelecimento - parágrafo 3º dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor), como muito vemos acontecer no direito consumerista²⁴⁴.

6. Ruy Rosado de Aguiar Jr., también conoce y ha difundido la teoría, como da cuenta el siguiente pasaje:

“... na Argentina, predomina hoje o entendimento de que, ‘em determinadas circunstâncias, se produz uma transferência da carga probatória ao profissional, em razão de encontrar-se em melhores condições de cumprir tal dever’ (Luís Adorno, “La responsabilidad civil medica”, AJURIS, 59/224). É o princípio da carga probatória dinâmica, baseado no fato de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance²⁴⁵.”

7. Eduardo Cambi, en su reciente libro “A Prova Civil”, indica que:

“A moderna teoria da carga dinâmica da prova – incorporada, em 2004, ao Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – sugere a distribuição do ônus da prova não com base na regra tradicional do art. 333 do CPC (fatos constitutivos, para o demandante; demais fatos, para o demandado) nem com base na técnica adotada no art. 6o., inc. VIII do CDC, pelo qual cabe ao juiz, após verificar a verossimilhança da alegação ou a insuficiência do consumidor, inverter o ônus da prova. (...) Com o escopo de buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, no Código Modelo o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova. Assim, a facilitação da prova para a tutela do bem jurídico coletivo se dá por força da lei (ope legis), não exigindo a prévia apreciação do magistrado (ope iudicis), de critérios preestabelecidos de inversão do onus probandi, como se dá no art. 6o., inc. VIII, CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor), bem como não restringe esta técnica processual às relações de consumo²⁴⁶.”

8. Artur Carpes, en un profundo estudio sobre el tema, indicó que:

“1. A interpretação das regras do ônus da prova no Estado Constitucional: Nesse contexto, pois, é que se insere uma das regras mais importantes do nosso procedimento: aquela prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, que estabelece a distribuição dos ônus probatórios das partes. Positivada com o escopo de estabelecer a igualdade entre as partes (conforme Alfredo Buzaid, com amparo em Adolf Wach, *Do*

²⁴⁴ MIGLIAVACCA, Carolina Moraes; “Os critérios para a inversão do ônus da prova no processo civil brasileiro”, versão on line em <http://circulodeanaliseeconomicoderecho.blogspot.com>.

²⁴⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de; “A Responsabilidade Civil do Médico”, en Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 713, p. 33-53, 1995, p. 39.

²⁴⁶ CAMBI, Eduardo; “A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, págs. 340/341.

ônus da prova. In: *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 4, julho a dezembro de 1961, p. 15), a regra que estatui os ônus probatórios possui uma dupla dimensão. A primeira, de natureza objetiva, atribui a feição de uma regra de julgamento, a ensejar a definição do litígio ainda que diante da incerteza dos fatos trazidos a juízo. Trata-se de uma regra de formalização da decisão judicial, que irá gravar a parte que não se desincumbiu do ônus de provar com a sua respectiva sucumbência. Já a segunda, de natureza subjetiva, configura o ônus da prova como regra de estruturação da atividade probatória das partes. A partir da sua distribuição, estas organizarão seu agir no processo, buscando as provas necessárias ao cumprimento do respectivo ônus. Conforme anota Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, a consideração do intérprete da regra prevista em nosso art. 333 do CPC se dirigiria basicamente à posição da parte em juízo (se autor ou réu) e à natureza do fato à provar (se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo). A “fixarmo-nos, em criticável exegese, só no disposto no art. 333 do CPC”, aponta Dall’Agnol, “a distribuição dos ônus probatórios exibir-se-ia prévia e abstrata” (*Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. In: RT 788, julho de 2001, p. 94). O magistrado gaúcho visualiza a questão com inegável acerto. De fato, há muito tempo que já se observava a insuficiência da regra básica estatuída na lei processual para regular adequadamente a distribuição do ônus da prova em todas as múltiplas e peculiares situações que a vida oferece ao processo. O que se via era que aquela regra, que tinha por fundamento justamente a igualdade, quedava por deixar as partes em situação de flagrante desequilíbrio na busca do material probatório necessário ao frutuoso deslinde da demanda. Não por acaso surgiu, em 1990, no rastro deixado pela recém-promulgada Constituição, a regra contida no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, a impor um verdadeiro dever ao órgão judicial de conformação constitucional do processo, ao determinar a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, face à sua hipossuficiência em relação ao fornecedor. Em outras palavras, aferindo o juiz que, no caso concreto, existe uma quebra da isonomia entre as partes, face à maior proximidade da prova pelo fornecedor, decorrente de seu maior conhecimento profissional ou técnico acerca da atividade comercial que desempenha, a lei determinou a inversão do ônus da prova, visando conformar o processo aos valores, princípios e garantias que são colhidos da Constituição. Assim, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, colhe-se um manancial de estudos e precedentes jurisprudenciais acerca da inversão do ônus da prova. Todavia, a inversão prevista na Lei nº 8.078/90 se destina apenas ao microssistema das relações de consumo, não alcançando casos estranhos ao seu contexto. A questão que se coloca, pois, é a seguinte: é possível acolher, em nosso sistema jurídico, outra flexibilização no esquema básico e estático previsto no art. 333 do Código de Processo Civil que não aquela positivada no Código de Defesa do Consumidor? Nos casos em que se revela manifesta a dificuldade da parte onerada na busca pela prova e, em contrapartida, a facilidade daquela desonerada, ainda que não se esteja diante de uma relação de consumo, se faz possível a alteração do esquema previsto na lei processual? 3. A distribuição dinâmica do ônus da prova: No encaixe desse questionamento se encontra a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova. Impulsionada por um jurista argentino, Jorge W. Peyrano, a tese desempenha papel bastante significativo nos tribunais da Argentina e de outros países sul-americanos. No Brasil, existem ainda raros trabalhos a respeito. Pela proximidade cultural, talvez, é que o Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul foi o primeiro a adotar a doutrina, e já o faz há algum tempo, podendo se recortar inúmeros acórdãos lançando mão da aludida tese. A fim de anunciar sua doutrina,

Peyrano se vale da descrição que restou cunhada nas Quintas Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático, celebradas em Junín, Argentina, em outubro de 1992 ... Em outras palavras, se faz possível a flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face à suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada. Assim, serve a doutrina para os casos em que se coloca uma dificuldade de prova de uma das partes em relação à outra, mesmo nos casos não contemplados pela lei. ... 4. A legitimidade da dinamização do ônus da prova no sistema jurídico brasileiro e os limites de sua aplicação: Ao relacionar a igualdade com o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da Constituição), nossa norma suprema predispõe uma conformação do procedimento probatório, inclusive no que toca a distribuição do *onus probandi*, no sentido de garantir a isonomia das partes principalmente na produção da prova e possibilitar, *a fortiori*, o alcance da justiça. Como proficuamente delinea Danilo Knijnik, “o denominado ‘direito de agir em juízo’ não se exaure no direito subjetivo de obter um pronunciamento judicial qualquer ou simplesmente movimentar a máquina judiciária (...). Nesse diapasão, qualquer vedação, limitação ou restrição excessiva quanto às fontes e meios de prova disponibilizados aos litigantes pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional das normas processuais civis, por redundarem na chamada inutilidade da ação judiciária. (...) Assim, a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, *violação oculta à garantia do acesso útil à justiça.*” (*A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 173.). Outro argumento significativo em prol da legitimidade da tese navega em torno do princípio da igualdade. Importa, assim, que as partes sejam colocadas em igualdade de condições de buscarem as provas necessárias para a descoberta da verdade no processo. É a situação de desigualdade frente à produção da prova que condiciona a aplicação da dinamização do ônus probatório, de sorte a transferir o fardo de provar para a contraparte, quando esta dispõe de melhores condições. Se a lei processual não é capaz de, no caso concreto, proporcionar essa situação de igualdade, sua conformação deve se dar através da interpretação pelo sistema, principalmente amparada nas diretrizes indicadas pela Constituição. [...] Conclusões: Em nosso atual estágio de desenvolvimento cultural, não se pode mais negar a interpretação das normas através de um sistema que tem na Constituição um centro onde tudo deve convergir. O direito processual obviamente sofre esse influxo, passando sua compreensão, dessa forma, pela mirada constitucional, atingindo o que bem se denominou “formalismo-valorativo”, método que determina a aplicação das regras processuais mediante a atenção a valores e princípios que, justamente por estarem previstos na norma suprema, condicionam a validade de todo o sistema normativo. Com efeito, em não sendo mais o juiz mera “boca da lei”, tem este o dever de conformar as regras que regem o procedimento de acordo com a Constituição. Como bem acentua Marinoni, “não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo os seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal” (*Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 225). Com C.A. Alvaro de Oliveira, se trata de “correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, *mediante interpretação mais favorável aos direitos fundamentais*” (*O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In:

Do formalismo no processo civil –apêndice–. São Paulo: Saraiva, 2003, 2ª ed., pp. 267-268). A considerar as bases legitimadoras da dinamização do ônus da prova, não há justificativa mais adequada. Portanto, devem ser plenamente admitidas, no direito brasileiro, não somente a flexibilização das estáticas regras previstas no art. 333, do Código de Processo Civil através de disposições legais, tal como a constante no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mas também através da sua dinamização, por ato judicial, quando a parte estiver onerada na produção de uma *prova diabólica* e, em contrapartida, a sua adversária estiver em melhores condições profissionais, técnicas ou até econômicas de produzi-la. Para além de garantir o direito fundamental à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da Constituição), tal conformação garante a observância do princípio da igualdade. Não somente nos casos envolvendo a responsabilidade civil profissional, mas também em casos envolvendo controvérsias em matéria de nomes de domínio na *internet* e em matérias relativas à inscrição de marcas, por exemplo (assim, Carlos Alberto Carbone, *Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*. In: Jorge W. Peyrano e Inês Lépori White (org.), *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004, p. 222 e seguintes), bem como nas causas bancárias, como atestam precedentes gaúchos, e naquelas envolvendo questões ambientais (nesse sentido, sintomático se revela o art. 10, §1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, preparado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, ao dispor que “Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver os melhores conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração”). Sem falar na aceitação da doutrina pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 69.309-RS, Quarta Turma, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 18.06.1996, onde restou consignado que “não viola regra sobre a prova acórdão que, além de aceitar implicitamente o *princípio da carga dinâmica da prova*, examina o conjunto probatório e conclui pela culpa dos réus”) e sua recepção no direito europeu, principalmente na Espanha, conforme atesta Marcos L. Peyrano (*Las cargas probatorias dinámicas en el derecho comparado*. In: Jorge W. Peyrano e Inês Lépori White (org.), *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004, pp. 187-192)²⁴⁷.

9. También podemos computar la voz de José Carlos Texeira Giorgis, quien nos dice:

“Por inspiração do doutrinador argentino Jorge W. Peyrano, esta nova visão da pugna processual foi sistematizada sob a denominação de distribuição dinâmica das cargas probatórias e tomou de assalto a jurisprudência de causas que envolvam bancos, consumidores, cirurgias estéticas e outras, já inúmeros os repertórios que as registram. Em palestras realizadas, atrevi-me a sugerir o uso da técnica também nas disputas familiares, campo onde se enfrentam partes desniveladas para a apuração da verdade, uma mais apetrechada pelas condições materiais e outra vulnerável pela carência afetiva e de recursos. Assim hoje, quando um menor ajuíza ação de alimentos contra seu pai, além de provar sua necessidade ainda deve demonstrar a fortuna do genitor, nicho a que não tem acesso, notadamente quando se trata de profissional liberal ou trabalhador autônomo: ora, neste caso é perfeitamente possível que o juiz, que não deve ser um mero assistente da luta judicial, intervenha para determinar ao melhor aquinhado e por tanto mais apto em produzir a prova, que venha à liça revelar qual seu entesouramento e

²⁴⁷ CARPES, Artur; “A distribución dinámica do ônus da prova no formalismo-valorativo”, en Revista de Direito Processual Civil Nº 39, Curitiba, Año XI, janeiro-junho 2006, págs. 5/14.

condição. Na investigação de paternidade, a prova pericial prestigiada do DNA não deve ser postulada por quem busca a ascendência paterna, mas exatamente pela parte que, negando a filiação, tem maior interesse na pesquisa genética para refutar a afirmação feita pelo investigador. É que, lidando com direitos indisponíveis, o direito de família segue regras peculiares, permitindo a leitura dos padrões processuais com alargamento e mitigação. Estes paradigmas típicos, como a possibilidade do juiz intervir no processo e a natureza das questões de família, aconselham que as regras de distribuição da prova, embora limitadas nas regras instrumentais, ganhem modernos desdobramentos e interpretação eficaz com uso da teoria da carga dinâmica da prova, sempre na busca da boa e sã justiça”²⁴⁸.

10. O la de Amaro Moraes e Silva Neto, quien –respeto del tema que nos convoca- indica que:

“iv - A Teoria da carga dinâmica da prova: Nos termos do artigo 333, I, CPC, o ônus da prova cabe a quem alega o fato constitutivo de seu direito²¹. ¿Algo causou prejuízo? Pois que quem o sofreu o comprove. Essa é a regra clássica. Porém, uma vez que o direito não é algo estanque às mutações sociais, em determinadas situações é admitida a inversão do ônus da prova como, por exemplo, nas questões consumeristas. "O cliente de um banco que se utiliza do caixa eletrônico para fazer saques, tem retido o cartão magnético. Ao depois, constata que foi sacado certo valor de sua conta corrente. Como fazer para provar que houve falha no serviço prestado pela instituição financeira e que ele não tentou ludibriar o banco, sacando o dinheiro para, depois, afirmar que o desaparecimento de certa quantia de sua conta ocorreu por mero equívoco e ele não é responsável pelo saque? São problemas que as normas de direito processual no que pertine à prova não são suficientes para garantir o pleno direito material. Se o juiz tiver de esperar que o cliente do banco tenha, ele sozinho, sem participação do banco, persuadi-lo de que houve falha na estrutura do caixa eletrônico, jamais será ressarcido. O prejuízo é vivaz." (SANTOS, Antonio Jeová, DANO MORAL NA INTERNET, MÉTODO EDITORA (São Paulo), 2001, fls. 247). Em processos com características especiais é de se admitir que a prova tenha tratamento diferenciado. É essa a posição adotada pelos defensores da teoria da carga dinâmica probandi, onde o ônus da prova cabe a quem se encontra em melhores condições, não a parte que, especificamente, a requisitou. A teoria da carga dinâmica da prova surgiu porque, em diversas situações, a vítima jamais conseguirá provar seu prejuízo. Segundo essa teoria, quem deve provar o evento não é necessariamente quem o alega, mas, isso sim, quem melhor condições tem para a realização dessa prova, seja por sua situação ser mais cômoda, seja por ser menos onerosa. Como se constata, partilham-se os ônus da prova (A expressão carga dinâmica das provas foi cunhada pelo professor e processualista argentino Jorge Peyrano, como noticia Antonio Jeová Santos, in DANO MORAL NA INTERNET, MÉTODO EDITORA (São Paulo), 2001, fls. 254). É dinâmica porque quebra a estática regra romana que entende que onus probandi incubit actori, reus in excipiendo fit actor, consolidada pelo artigo 333, CPC. Tratando-se de Internet, a utilização da teoria carga dinâmica da prova é fundamental, haja vista que na quase totalidade das vezes o usuário comum, o homo medius, não terá a mais remota possibilidade de provar o dano do qual foi vítima se os ônus probandi recaírem exclusivamente sobre suas costas. No ciberespaço, o proprietário de um website e/ou um provedor de acesso à rede estão em condição nitidamente mais favorável para

²⁴⁸ TEXEIRA GIORGIS, José Carlos; “A Distribuição Dinâmica Da Prova E O Direito De Família”, versión on line en <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex262.htm>.

provar fatos sob sua guarda do que o mero usuário. Mesmo assim o demandante deve colaborar para que a verdade seja alcançada, trazendo aos autos todos os elementos que julgar oportunos e que conseguir juntar para a convicção do magistrado que consolidará, ou não, o seu direito. Caso inverso, agirá com incúria. Afinal a teoria da carga dinâmica da prova busca a flexibilização dos ônus em relação a quem alega a questão, não a sua eliminação. Consigne-se, por fim, que a teoria dinâmica da carga probandi não é mero objeto de divagações acadêmicas. É fato jurídico reconhecido pelas mais altas Casas de Justiça do Brasil. "NÃO VIOLA REGRA SOBRE PROVA O ACÓRDÃO QUE, ALÉM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATÓRIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS RÉUS" (Revista do STJ, volume 87, fls. 287)²⁴⁹.

11. Otros autores del vecino y querido país, que aceptan la teoría de marras son: Danilo Knijnik²⁵⁰, Manuel Antônio do Rosario Nunes²⁵¹, Rui Manuel de Freitas Rangel²⁵², João Batista Lopes²⁵³, José María Rosa Tesheiner²⁵⁴, José Nepomuceno Silva²⁵⁵, etc., etc.

Tangencialmente, tratan la problemática de marras: Sandra Aparecida Sá dos Santos²⁵⁶, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico²⁵⁷, Milton Paulo de Carvalho Filho²⁵⁸ y Ênio Santarelli Zuliani²⁵⁹.

11.3. Uruguay

En Uruguay, participa de su concepción Dante Barrios de Angelis²⁶⁰.

²⁴⁹ MORAES E SILVA NETO, Amaro; "A Importância da Ata Notarial para as questões relativas ao ciberespaço", versión on line disponible en http://www.ibdi.org.br/webnews/noticia_ibdi.php?id_noticia=394&.

²⁵⁰ KNIJNIK, Danilo; "As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a probatio diabólica", en "Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira", São Paulo: RT, 2006, pp. 942-951.

²⁵¹ ROSARIO NUNES, Manuel Antônio; "O ônus da prova nas ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos", 2da. edición, ed. Almedina, 2007, passim.

²⁵² FREITAS RANGEL, Rui Manuel; "O ônus da prova no processo civil", 3ra. edición, ed. Almedina, 2006, passim.

²⁵³ BATISTA LOPES, João; "A prova no Direito Processual Civil", ed. R.T., 3ra. Edición, São Paulo, 2006, passim.

²⁵⁴ TESHEINER, José María Rosa; "Sobre o ônus da prova (Em Homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão)", en "Estudos de direito processual civil", coordinado por el Prof. Luis Guilherme Marinoni, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, págs. 363/365.

²⁵⁵ SILVA, José Nepomuceno; "A responsabilidade civil do médico e o novo Código Civil", versión on line en http://amagis.com.br/index.php?pagina=noticias&pag_int=not_ver&id_notic=130&PHPSESSID=5658011f0f745b216a88274ad3b1e4f7.

²⁵⁶ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos; "A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal", ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2002, passim.

²⁵⁷ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura; "O ônus da prova no direito processual civil", ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000, passim. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 44).

²⁵⁸ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; "Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor", en "Revista dos Tribunais", ed. Revista dos Tribunais, São Paulo enero de 2003, v. 807, págs. 56-81.

²⁵⁹ Ênio Santarelli ZULIANI; "Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico", en "Revista dos Tribunais", v. 811, São Paulo, mayo 2003, págs. 43-66.

²⁶⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante; "Las cargas del demandado civil", en "VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal", Montevideo 1995, pág. 153, apud MORELLO, Augusto Mario; "Carga de probar: dos

11.4. Colombia

En Colombia, desde la vertiente del análisis económico del Derecho, ha sido Juan Trujillo Cabrera²⁶¹ quien con mayor detenimiento se ha ocupado de la teoría.

Así, por ejemplo, en otro de sus trabajos, el autor citado explica que “Un claro ejemplo de la flexibilización de las reglas jurídicas por parte de los jueces, en aras de minimizar los costos de transacción del Derecho, es la aplicación elástica de la carga de la prueba. En efecto, en los últimos años las altas Cortes colombianas han venido aplicando la denominada carga dinámica de la prueba, según la cual el peso de la prueba no se mantiene rígido y estático según conceptos *a priori* establecidos inflexiblemente por el legislador, sino que se desplaza pendularmente en uno u otro sentido de acuerdo a la facilidad de producción de la prueba que tenga cada una de las partes (Doctrinariamente se concibe el desplazamiento del *onus probandi* dinámico, bajo el entendido que “*incumbe a las partes probar los hechos que les resulten de más fácil demostración, en comparación con la extrema dificultad de su adversario en demostrarlos, conforme a la experiencia de cada proceso*”. Trujillo Cabrera, Juan. *La carga dinámica de la prueba*. Editorial Leyer, en imprenta). Bajo el Análisis Económico del Derecho, resulta eficiente el desplazamiento del *onus probandi* de un hecho (H), en aquellos eventos en que la *probabilidad* (P) de que el hecho haya ocurrido, multiplicada por los costos de producción de la prueba (Cp), sean inferiores a que el hecho no haya ocurrido (~H), multiplicada por los costos para la contraparte (Cc) de probar que el hecho no ocurrió y por ende, tampoco el daño (D) [...] En términos simplificados la aplicación de *la carga dinámica de la prueba* se justifica cuando los costos de producción probatoria son menores para una de las partes en relación con la otra, ya sea por razones de disponibilidad o posesión del medio, por facilidades técnicas, capacidad económica o cualquier otro motivo. Entonces, al emplear la *regla de juicio*, el juez se encuentra obligado a aplicar las reglas convencionales y estáticas del *onus probandi*. Sin embargo, una vez aplicada en abstracto la regla, el juez puede concluir que por la ausencia de prueba debe responsabilizarse no a quien apriorísticamente le asistía ese deber, sino a la parte que contando con todas las facilidades de su producción (frente a las ostensibles desventajas o incluso imposibilidad de la otra) omitió allegarla, lo cual hubiese permitido la eficiencia económica en la búsqueda de la verdad material en el proceso”²⁶².

A su vez, la doctrina aludida ha tenido fértil aplicación en el campo de la responsabilidad profesional de los médicos y, también, en él de la responsabilidad de las entidades oficiales y privadas del servicio de salud.

Así, por ejemplo, Alier Hernández Enriquez, luego de recordar que el ordenamiento ritual civil de Colombia solo contiene reglas rígidas de distribución de la carga de la prueba, sostiene que “Que, sin embargo, excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta disposición procesal resulta incompatible con el principio de equidad que emerge del texto constitucional, es posible que el juez – haciendo

puntos clave”, ob. cit..

²⁶¹ TRUJILLO CABRERA, Juan; “La carga dinámica de la prueba”, Ed. Leyer, 2007, passim.

²⁶² TRUJILLO CABRERA, Juan; “Aproximación al Análisis Económico del Derecho de algunas Instituciones del Sistema Jurídico Colombiano”, Artículo integrante de la investigación denominada “*Los principios constitucionales a la luz del Análisis Económico del Derecho*”, dentro del grupo de investigación “*Derecho y Economía*” de la Corporación Universitaria Republicana, reconocido por Conciencias.

prevalecer, en el caso concreto, la constitución sobre la ley –, prescinda de la aplicación de ésta para darle paso a la operancia de aquélla. Este sería el basamento jurídico que, en nuestro derecho, permitiría acudir al denominado principio de las cargas dinámicas de la prueba. ... El recurso al dinamismo de las cargas exige un mayor esfuerzo del juzgador quien deberá establecer, en cada caso – y en cada uno de los hechos que fundamentan las pretensiones del actor –, cuál de las partes se encuentra en una situación probatoria más favorable”²⁶³.

Y, en otro trabajo, adita que “Ese asunto ha sido replanteado a partir de la Sentencia de 10 de febrero del año 2000, porque el principio de cargas probatorias dinámicas no está consagrado en nuestro derecho y el artículo 230 de la Constitución Política, obliga al juez a fundar sus providencias exclusivamente en el imperio de la ley y ésta, en este caso, es el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. De modo que la regla general es que la falla médica debe probarla el actor y excepcionalmente, puede invertirse la carga de la prueba, cuando la aplicación concreta del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede entrar en conflicto con un principio constitucional, que es el principio de equidad. En el momento en que entraran en conflicto, la aplicación de la regla legal de la carga de la prueba y la aplicación del principio constitucional de equidad, obviamente por mandato del artículo 4° de la Constitución Política, el juez no tendría alternativa distinta que preferir la aplicación del principio constitucional en relación con el precepto legal”²⁶⁴.

En igual sentido, Anna Cristina Pito Polanco, Elkin Fernando Muñoz Pacheco, Juan Andrés López López y Leonardo Artunduaga Núñez, sostienen que, en Colombia, “La aplicación del principio de las cargas probatorias dinámicas, no tiene sustento en la legislación procesal, pero sí encuentra fundamentos constitucionales: el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño en el desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falta del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las Entidades Públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad; habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no”²⁶⁵.

Lo propio hacen Catalina Rosero Díaz del Castillo y Carlos José Mansilla, en los siguientes términos: “La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esta manera el juzgador alcance la certeza requerida para emitir su sentencia. La teoría de la carga dinámica supone la “repartición” de las cargas probatorias entre médico y paciente de acuerdo con las situaciones particulares de cada proceso, y no supone, pues, establecer reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos. Observamos

²⁶³ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002, pág. 35.

²⁶⁴ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano”, Gerencia Jurídica Pública, Memorias del 2° Seminario Internacional, Módulo II - La responsabilidad del Estado y de sus agentes, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaría General, Dirección Jurídica Distrital, 2005, pág. 15.

²⁶⁵ PITO POLANCO, Anna Cristina; MUÑOZ PACHECO, Elkin Fernando; LÓPEZ LÓPEZ, Juan Andrés y ARTUNDUAGA NÚÑEZ, Leonardo; “Evolución histórica de la jurisprudencia colombiana. La culpa como atribución de responsabilidad médica. Período 1940-2003”, en Revista Ventana Investigativa.

entonces como elementos importantes de la teoría de las cargas dinámicas, los siguientes: 1. La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar. 2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto. 3. La teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes²⁶⁶.

Y, finalmente, también podemos computar la voz de Harold Aristizábal Marín en el trabajo que se cita en nota al pie²⁶⁷.

11.5. México

En México, la doctrina es bien conocida. Y, así por ejemplo se ha alude a “... lo que en derecho procesal se conoce como la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*. Resulta que había, por ejemplo, una mamá, que en representación de un hijo menor, cuyo padre se había desentendido de su suerte y era completamente renuente para otorgarle la pensión alimenticia a la que el menor tenía derecho, reclama ante la justicia. La justicia de menores se encuentra con que no hay una manera suficientemente eficaz de probar cuánto gana el padre. Pero entonces tiene algunas inferencias, algunos elementos más o menos vagos, acerca de cierto *standard* de vida del padre que obtiene ingresos que no son fácilmente verificables y que no hay manera de determinar con precisión. Y entonces termina diciendo que, en atención a los derechos en juego y la preeminencia que el derecho del menor tiene, dado que hay una imposibilidad práctica de que se produzca una prueba fehaciente por parte de la demandante, quien tuvo la representación de su hijo, es el padre el que tiene la obligación de proveer elementos de prueba acerca de lo que gana. Y entonces, esa teoría llamada de las cargas probatorias dinámicas, porque supone que, aunque la carga de probar los ingresos la tenía la madre, el único que tenía en sus manos elementos como para aportar suficiente prueba era el padre y, por tanto, había que transferir la carga de la prueba, porque el derecho no puede quedarse en la letra y en la superficie, sino que tiene que penetrar un poco en la sustancia, en los fines que le son inherentes”²⁶⁸.

11.6. Perú

En Perú, podemos citar un interesante trabajo de Daniel Linares Avilez en el cual se sostiene que “es natural que las partes actúen estratégicamente dentro del proceso para disimular sus falencias y acrecentar sus fortalezas a fin de convencer al Juzgador sobre sus pretensiones. Una de las piezas claves con las que juegan este ajedrez es la prueba, el litigante sagaz dentro de su estrategia tendrá presente además de sus fortalezas y debilidades las de su contraparte, y dentro del esquema que plantee tratará de debilitar las fortalezas del contrario y explotar sus falencias, siendo muy importante dentro de este esquema la evaluación de los medios probatorios que serán ofrecidos y establecer a quien corresponde la carga de la prueba, a fin de propiciar

²⁶⁶ DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, *passim*.

²⁶⁷ ARISTIZÁBAL MARÍN, Harold; “El <<óblito quirúrgico>> y la responsabilidad del equipo quirúrgico”, espigado en Revista Médico Legal, Volumen III, N° 2, Julio-Diciembre de 1997, *passim*.

²⁶⁸ MARTÍNEZ VILLALBA, Luis J.; “Deberes y Obligaciones en relación a la salud”, su exposición en el IX Curso Taller OPS/OMS/CISS Legislación en Salud, Marco Regulatorio del Acceso a la Salud, Organización Panamericana de la Salud, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 2 al 6 de septiembre de 2002, México, D.F. México.

escenarios favorables a sus intereses. En tal sentido, es importante que nuestro ordenamiento a fin de procurar un fallo justo proporcione al Juzgador las herramientas necesarias para evitar que los obstáculos o barreras que puedan poner las partes le impidan acercarse a la realidad de los hechos, siendo mi opinión al respecto que además de las alternativas que da el Código Procesal Civil al Juez en materia probatoria, sería importante incorporar como una norma *los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilizan el criterio de distribución de la carga probatoria*. ... Con la aplicación de estos principios, el Juzgador si bien inicialmente deberá tomar en consideración la regla que establece que quien afirma los hechos debe probarlos, al momento de sentenciar *podría invertir la carga probatoria si la parte que tiene facilidad o disponibilidad de los medios o fuentes de prueba no colabora con el proceso u obstaculiza el acceso a los mismos*. [...] Tal como hemos mencionado anteriormente, la regla general impuesta en nuestro ordenamiento procesal civil -ver artículo 196- es que “quien alega los hechos debe probarlos”, criterio distributivo que se sustenta en el principio que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impositivos y extintivos invocados en el ejercicio de su derecho de defensa. Son excepción a esta regla las normas que expresamente determinan quien tiene la carga de la prueba en casos específicos, las que podemos encontrar en abundancia dentro de nuestro ordenamiento civil, ya sea que revisemos temas de derecho familiar, de derecho contractual o cualquier otro. Sin embargo, sea en el caso de la *regla general* o las *normas específicas* distributivas de la carga de la prueba, *su aplicación sin tomar en consideración las circunstancias particulares que pueden darse en algunos procesos puede conllevar a que la parte gravada con la carga de la prueba no obtenga tutela jurisdiccional efectiva, pues la disponibilidad o facilidad del medio probatorio esta en manos de la contra parte*, casos como estos no son aislados y merecen especial atención de los juzgadores”²⁶⁹.

También adhiere al ideario, Reynaldo Bustamante Alarcón, quien, al comentar el principio de colaboración en materia probatoria, explica que “Efectivamente, el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante, es decir, la paternidad del demandado. Este para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no solo estaría en manos de quien se encuentra *en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho*, sino en una persona que no quiso *colaborar* en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad del proceso”²⁷⁰.

²⁶⁹ “Podemos pensar en muchos ejemplos que nos grafiquen situaciones como las indicadas, como cuando es indispensable acceder a una muestra de sangre de la contraparte para poder comparar su ADN, o a su disco duro, registros contables, los pagarés firmados en blanco que mantiene una entidad bancaria en su bóveda, al servidor del demandado para determinar si fue quien envió los correos electrónicos, revisar su auto para establecer si fue el vehículo que participó en la colisión, a la maquina tragamonedas para verificar que el casino no haya hecho trampa, entre muchos otros ejemplos que podría dar en este momento para sustentar que no son aislados los supuestos en los que las reglas del 196 del Código Procesal Civil y normas específicas de distribución de carga probatoria pueden terminar constituyéndose como una barrera para la obtención de justicia, siendo del caso precisar además que con el desarrollo de la tecnología si bien tenemos mayores herramientas para producir pruebas o reconstruir hechos, también los problemas se han vuelto más complejos y se requiere una mayor flexibilidad en las reglas para recabar medios probatorios, tal como se desprende además de alguno de los ejemplos citados” (LINARES AVILEZ, Daniel; “Reflexiones sobre la prueba dinámica”, disponible en www.estudiolinares.com).

²⁷⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo; “El derecho a probar como derecho esencial de un proceso justo”, ed. Ara Editores, Lima, Perú 2001, pág. 277; apud LINARES AVILEZ, Daniel; “Reflexiones

11.7. España

En España, como se sabe, la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) consagra de manera sistemática toda la materia relativa a la distribución de la carga de la prueba en su artículo 217.

En particular, luego de establecer las tradicionales reglas de adjudicación del riesgo de inexistencia de prueba en los incisos 2 y 3 de la norma, en su inciso 7²⁷¹ dispone que “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo *el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

O sea, consagra la *flexibilización* de las pautas rígidas de distribución de la carga de la prueba a través de los criterios de “facilidad y disponibilidad” probatoria.

Sin embargo, *como luego veremos en detalle*, la norma no hizo más que recoger *la pacífica tendencia jurisprudencial de los Tribunales Supremo y también el Constitucional de España*, al que ya desde hacía años adhería también la doctrina especializada.

Actualmente, entre los autores que avalan esta solución jurisprudencial y legislativa, podemos computar a: Eugenio Llamas Pombo²⁷², Juan Montero Aroca²⁷³, Susana Pazos Méndez²⁷⁴, Ricardo de Angel Yagües²⁷⁵, Javier Téllez Rico²⁷⁶, Julio César Galán Cortés²⁷⁷, Juan Domingo Valls Lloret²⁷⁸, Álvaro Luna Yerga²⁷⁹, Fernando Gómez

sobre la prueba dinámica”, disponible en www.estudiolines.com.

²⁷¹ Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645).

²⁷² LLAMAS POMBO, Eugenio; “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en “Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio”, coordinado por Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, ed. Dykinson, Madrid 2000, pág. 313.

²⁷³ MONTERO AROCA, Juan; “Derecho Jurisdiccional”, Barcelona 1993, Tomo II. apud. VALLS LLORET, Juan Domingo; “La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal”, versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>. Ibídem: MONTERO AROCA, Juan; en “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en “La prueba”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 41. Y antes del 2000, ibídem, en “La prueba en el proceso civil”, 2da. edición, ed. Civitas, Madrid 1998, pág. 64

²⁷⁴ PAZOS MÉNDEZ, Susana; “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, en “Objeto y Carga de la Prueba Civil” dirigido por Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J., ed. Bosch, Barcelona 2007, passim.

²⁷⁵ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; “Responsabilidad médica e inversión de la carga de la prueba: ¿una nueva orientación jurisprudencial?”, su ponencia en el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario, disponible en www.aeds.org/congreso5/5congre-16.htm.

²⁷⁶ TÉLLEZ RICO, Javier; “El régimen probatorio en la responsabilidad civil médica”, versión on line en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/EI%20regimen%20probatorio.pdf>.

²⁷⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César; “Responsabilidad civil médica”, en AAVV; “La responsabilidad civil profesional”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.

²⁷⁸ VALLS LLORET, Juan Domingo; “La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal”, versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>

²⁷⁹ LUNA YERGA, Álvaro, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, Working Paper N° 165, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com. Ibídem: “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, Working paper N° 141, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com. Ibídem: “Parálisis cerebral de recién nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto”, Working paper N° 142, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com. Ibídem: “Mamoplastía fallida”, Barcelona, febrero de 2005, disponible en www.indret.com.

Pomar²⁸⁰, Carolina Sanchis Crespo²⁸¹, Anner Uriarte Codón²⁸², Juan F. Garnica Martín²⁸³, Santiago Carretero Sánchez²⁸⁴, Silvia Barona Vilar²⁸⁵, etc., etc.

12. Aplicación jurisprudencial

12.1. En Argentina

Por cuestiones de espacio, sólo me referiré aquí a los trascendentes fallos del más Alto Tribunal del País, que ha consagrado la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Lógicamente, al ser éste el “*Tribunal de Garantías Constitucionales*”²⁸⁶ bien puede colegirse que –a contrario de lo que sostienen los mal llamados “garantistas”- la doctrina aludida no solo no las contradice sino que, antes bien, las refrenda.

A su turno, también se indica que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el “*intérprete final de la Constitución*”²⁸⁷ de tal suerte que, si aplicó la teoría es porque ésta es coherente con el ideario y cláusulas operativas de la misma.

Ello así, a los fines propuestos, cabe señalar los siguientes hitos jurisprudenciales:

1. En 21.6.1957, en una causa penal (“Perón, Juan D.”) la Corte señaló que “no existen reglas que prescriban de una manera absoluta o, siquiera terminante, el régimen concerniente al onus probandi, ninguno de los aforismos tradicionales –v. gr. *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, o *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, etc.– y ninguna de las construcciones de la doctrina tienen otro valor que el de meras indicaciones generales, que no excluyen en cada tipo de relaciones jurídicas un examen y, a veces, una legislación particular. Los códigos de fondo y las leyes de procedimientos no se atienen exclusivamente a aquellos aforismos y doctrinas, sino que reglamentan la carga de la prueba con especial consideración de las circunstancias de hecho y de la índole de las relaciones jurídicas correspondientes. Son estos elementos determinantes los que en materia de enriquecimiento ilegítimo de los funcionarios, imponen, precisamente, la necesidad de que sea el funcionario quien tenga a su cargo la prueba de la legitimidad de los acrecentamientos de su patrimonio, y no el Estado la prueba de la ilegitimidad.... No puede hablarse aquí, en rigor de una inversión de la prueba, apreciación que sólo sería exacta comparando este régimen con el que rige en

²⁸⁰ GÓMEZ POMAR, Fernando; “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, en *Indret* N° 1, Barcelona 2001, *passim*.

²⁸¹ SANCHIS CRESPO, Carolina; “Los contornos de la prueba en el nuevo proceso civil”, *Revista de Derecho de la Universitat de València*, N° 1, Noviembre 2002, *passim*.

²⁸² URIARTE CODÓN, Anner; “La inversión de la carga de la prueba”, versión on line en <http://vlex.com/vid/444449>.

²⁸³ GARNICA MARTIN, Juan F.; “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil (I). Crítica a una jurisprudencia equivocada”, *La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, N° 6, 1999, págs. 1913-1924.

²⁸⁴ CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago; “El derecho español y la prueba en el proceso civil. Un principio general de lo más tangible. Comentario a la STC 71/2003 de 9 de abril”, en www.porticolegal.com/articulos/pa_189.php.

²⁸⁵ BARONA VILAR, Silvia; “Líneas generales y principios configuradores de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española”, versión on line en <http://www.judicium.it/archivio/barona1.html>.

²⁸⁶ Fallos 1:340.

²⁸⁷ Fallos 1:340.

materias muy diferentes, lo que no es juicioso ni legítimo. Son las circunstancias mismas y la naturaleza de las cosas –que toda legislación seria debe respetar en primer término– las que exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento, no el Estado la de la ilegitimidad: es aquél el que está en mejores condiciones para suministrar esa prueba, en tanto que para éste existiría, si no una imposibilidad, una grave dificultad evidente²⁸⁸.

2. Luego, la doctrina reaparece en la década del noventa, y la integración del Magno Tribunal la aplica en los siguientes precedentes: “Corones c/Marval y O’Farrel” (3.7.1990)²⁸⁹, “Palma, Sergio Víctor c/ Banco Central de la República Argentina s/ ordinario” (10/10/1996)²⁹⁰, “Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y Oros” (21/08/1997)²⁹¹, “Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario” (10/12/1997)²⁹², “Rudaz Bissón, Juan Carlos c/ Editorial Chaco S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (02/04/1998)²⁹³, “Vincinguerra, Antonio c/BCRA s/Cobro de Australes” (17.3.1998)²⁹⁴, “Mendoza, María Mercedes c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios” (02/06/1998)²⁹⁵, “San Martín Aguiar, Julio C. y otro” (16.1.1999)²⁹⁶, “Rozenblat, Alberto c. Porcella, Hugo” (10/5/99)²⁹⁷, “Carmona de Bet Maria en J: Carmona de Bet Maria / Puche Juan C” (10/09/1998)²⁹⁸, “Denenberg,

²⁸⁸ L.L. Tomo 87, pág. 110.

²⁸⁹ L.L. 1990-D-536.

²⁹⁰ “A los fines del funcionamiento de la garantía del art. 56 de la ley 21.526, la carga de la prueba debe recaer sobre ambas partes, *doctrina de la prueba dinámica* que establece que quien está en mejor condición de probar debe contribuir a establecer la verdad objetiva más allá de lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 319 Folio: 2129)

²⁹¹ “En la mayoría de los casos de responsabilidad médica se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la *"carga dinámica de la prueba"* que la hace recaer en quien se halla en mejor condición de aportarla (Disidencia del doctor Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 320 Folio: 1811)

²⁹² “En el tema de mala praxis médica debe acatarse - en principio - el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como que le son aplicables las normas de la culpa subjetiva, no obstante, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de *"la carga dinámica de la prueba"* o *"prueba compartida"* que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715).

²⁹³ “Al margen de la prueba que incumbe aportar al actor, y teniendo en cuenta que está en mejores y mayores condiciones profesionales, técnicas y fácticas de hacerlo, también el órgano de prensa debe *"solidariamente"* rendir la prueba de signo contrario que haga a su descargo, sistema denominado *"prueba dinámica"*, o *"carga de prueba compartida"* (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 321 Folio: 667)

²⁹⁴ “La doctrina de la prueba dinámica establece que quien está en mejor condición de probar debe contribuir a establecer la verdad objetiva más allá de lo dispuesto por el art. 377 del código procesal civil y comercial de la nación (del voto del Dr. Vázquez)”.

²⁹⁵ “En la mayoría de los casos de responsabilidad médica se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la *"carga dinámica de la prueba"* o *"prueba compartida"* que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 321 Folio: 1599).

²⁹⁶ Publicado en L.L. 1999-C-137.

²⁹⁷ Disidencia de los Dres. Fayt y Vázquez (Fallos, Tomo 322:729).

²⁹⁸ Sumario: En la acción de simulación iniciada por terceros, resulta plenamente aplicable *la teoría de las cargas probatorias dinámicas*, pues es de toda razonabilidad pensar que es mucho más fácil para quien participó en el acto acreditar la veracidad del mismo, que para el ajeno acreditar la simulación.

Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Cobro de Pesos” (14.12.1999)²⁹⁹, “Perkins, María Elizabeth Banbury y otro c/ Maternidad Suizo Argentina S.A. y Otros” (21/12/2000)³⁰⁰, “Galli de Mazzucchi c. Correa” (2001)³⁰¹, “Plá, Silvio Roberto c. Clínica Bazterrica” (4.9.2001)³⁰², “Recurso de hecho deducido por el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno y Ernesto F. Ambrosetti (codemandados) en la causa Gibelli, Gonzalo c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno y otro” (5.9.2002)³⁰³, etc., etc.

De todos ellos, el que se hizo más famoso fue “Pinheiro”³⁰⁴, resolución en la cual, el cívico Tribunal señaló, entre otras cosas: “Que, asimismo, la alzada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad que le cabía a la demandada en el orden de *las cargas probatorias* por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que *la desaparición de esas pruebas -cuya custodia incumbía al nosocomio demandado- no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que ésta se encontraba al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlínico demandado*” (considerando 7mo. que suscriben los Jueces Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert).

Por su parte, el ex Juez Adolfo Vázquez aditó que “19) Que en el tema de mala praxis médica debe acatarse -en principio- el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como que le son aplicables las normas de la culpa subjetiva. No obstante, *como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación*, cobra fundamental importancia el concepto de “*la carga dinámica de la prueba*” o “*prueba compartida*” que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (médicos o entidad hospitalaria, por tener un conocimiento

²⁹⁹ “1) El concepto de “*carga dinámica de la prueba*” o “*prueba compartida*”, que se emplea habitualmente cuando los extremos son de muy difícil comprobación, consiste en hacer recaer dicha carga en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, más allá de lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 2) El concepto de “*carga dinámica de la prueba*” o “*prueba compartida*” consistente en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas al juzgador, tiende a privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, a efectos de brindar la efectiva concreción de la justicia, aun abandonando los preceptos rígidos, para perseguir una resolución judicial justa -según las circunstancias fácticas- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 322 Folio: 3101)

³⁰⁰ “Si bien en el tema de mala praxis médica debe acatarse -en principio- el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como son aplicables las normas de la culpa subjetiva, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones de muy difícil comprobación para el damnificado, cobra fundamental importancia el concepto de la “*carga dinámica de la prueba*” o “*prueba compartida*”, que hace que colabore, también, quien se halla en mejor situación de aportar elementos demostrativos tendientes a obtener la verdad objetiva (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 323:4180).

³⁰¹ L.L. entrega del 22.6.2001.

³⁰² Fundamentos del Procurador General al que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 324:2689).

³⁰³ Sumario: No resulta arbitrario atribuir la carga de la prueba sobre la excepcionalidad del daño en el demandado, cuando por las particulares circunstancias del caso, *quien se hallaba en mejores condiciones de probar eximentes de la culpa era la demandada*, máxime cuando existían deficiencias en el protocolo de la operación (del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte en pleno).

³⁰⁴ Que fue comentado, entre otros, por ENDERLE, Guillermo; “Funcionalidad de la carga de la prueba”, Jurisprudencia de Entre Ríos, Tomo 88, págs. 1519 y ss.

técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso). Asimismo, que *esta desigualdad de las partes en el proceso*, ha llevado a la doctrina a otorgarle suma importancia a las presunciones judiciales -*praesumptio hominis*-. En síntesis, *se abandonan los preceptos rígidos para perseguir la resolución justa -según las circunstancias fácticas- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis*. Dicho de otra manera, ambas partes tienen la obligación de aportar sus pruebas tendientes a que el juzgador pueda desentrañar mejor la verdad objetiva, más allá de la meramente formal. 20) Que es claro, en consecuencia, que el sentenciante efectuó una lectura estática y cerrada del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al fallar en base a un balance de los hechos fácticos negativos y positivos, que no le permitió formar su convicción acerca de la responsabilidad de la demandada” (considerandos 19 y 20 de su voto).

12.2. En el Mundo

12.2.1 Latinoamérica

12.2.1.1. Brasil

Como relata Artur Carpes, en los Tribunales del Estado de Rio Grande do Sul, la doctrina es conocida y aplicada. Así, dice “Exemplos podem ser encontrados na Apelação Cível nº 70010636504, de relatoria da Des. Isabel de Borba Lucas, julgada em 19.05.2005, onde restou consignado que “conforme a *teoria da carga probatória dinâmica*, há de se atribuir o ônus da prova àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova. Sabidamente grande número de consumidores sequer recebe cópia do contrato, quando muito sabe da sua existência.”; na Apelação Cível nº 70006513477, julgada em 15.12.2004, relatoria do Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, decisão na qual restou consignou que “(...) não se poderia exigir da autora que provasse a inexistência da relação jurídica, pois trata-se de prova negativa, conhecida também como prova impossível ou prova diabólica. É caso de aplicação, aliás, do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus da prova cabe à parte que melhores condições tem de produzi-la. (...)” e na Apelação Cível nº 70006922504, de relatoria do Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, julgada em 13.04.2004, onde restou determinado que “Independentemente da inversão do ônus da prova, pelo princípio da carga dinâmica da prova, incumbe ao fornecedor o ‘... ônus de produzir a prova que depender dos documentos mantidos em seus arquivos, referentes aos contratos que celebra’”³⁰⁵.

A su turno, conforme la prolija investigación de Antônio Danilo Moura de Azevedo, “la *moderna teoría* aquí defendida está ganando cuerpo en la doctrina especializada y receptividad en nuestros Tribunales, tanto que la discusión de su aplicación ya llegó a las más Altas Cortes de juzgamiento del país” y cita los siguientes pronunciamientos:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.

³⁰⁵ CARPES, Artur; “A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo”, en Revista de Direito Processual Civil Nº 39, Curitiba, Año XI, janeiro-junho 2006, pág. 14.

1. *Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.*

2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.

3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.

4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.

5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada.

Recurso Especial não conhecido"³⁰⁶.

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE.(...) 1.Trata-se de agravo de instrumento de decisão que deixou de admitir recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em executivo fiscal, negou provimento a agravo de instrumento de decisão que indeferiu o redirecionamento do feito ao sócio-gerente, sob o argumento de que (a) os diretores ou gerentes não são responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da empresa em virtude de ato regular de gestão, somente respondendo pelos prejuízos que causarem, com culpa ou dolo, fora de sua atribuição de poderes ou com violação da lei ou estatuto; (b) mesmo na dissolução irregular da sociedade deve ser aplicado o princípio de que a responsabilidade dos sócios não é objetiva, fazendo mister a comprovação de culpa ou dolo; (fls. 83-86) e (c) não houve prova de que o sócio teria agido com excesso de poderes ou com infração à lei. Opostos embargos de declaração, foram acolhidos somente para fins de prequestionamento do art. 338 do Código de Comercial (fls. 94-97). No recurso especial (fls. 99-114), fundado na alínea a do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) artigo 135, III, do CTN, porquanto o inadimplemento do tributo, a ausência de bens passíveis de penhora e a dissolução irregular da sociedade são situações que ensejam a inclusão do sócio no pólo passivo da execução fiscal, e a petição que requereu o redirecionamento teve por base não só o inadimplemento como também a dissolução irregular da sociedade; (b) artigo 338 do Código Comercial, vez que (i) a averbação do distrato da sociedade no registro do comércio é dever ex lege cujo descumprimento acarreta considerar a sociedade como irregular, respondendo, assim, os sócios solidariamente com a empresa; (ii) *em casos de dissolução irregular deve ser aplicado o princípio da carga dinâmica da prova, que estabelece que o ônus probatório deve recair àquele que dispõe dos melhores meios para comprovar determinado fato, independentemente de quem o alegue, e (...)*. 4.Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento, para, desde logo, dar provimento ao recurso especial, deferindo o pedido de redirecionamento da execução fiscal na forma pleiteada pela recorrente (CPC, arts. 544, § 3º). Intime-se."³⁰⁷.

"APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ANÚNCIO INVERÍDICO OFENSIVO À HONRA DA AUTORA VEICULADO NO SITE DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR E DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA

³⁰⁶ STJ. REsp 69309 / SC; RECURSO ESPECIAL 1995/0033341-4. Rel(a).:Min. Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: 18/06/1996. Data da Publicação/Fonte: DJ 26.08.1996 p. 29688.

³⁰⁷ STJ. Ag 706524. Rel(a).: Min. Teori Albino Zavascki. Data da Publicação: DJ 05.10.2005.

PROVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ATENÇÃO AO CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO AO OFENSOR E COMPENSATÓRIO À VÍTIMA. INAPLICABILIDADE AO CASO PELO JUÍZO A QUO DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO DO PUNITIVE-DAMAGES. 1 - Incontroverso o fato de que o anúncio registrado no site "Almas Gêmeas" pertencente à requerida, foi efetuado por terceiro alheio ao processo. 2 - Atuando a ré como provedora de acesso à Internet e não sendo possível a identificação do real responsável pelo conteúdo ofensivo do anúncio, é seu o dever de indenizar pelos danos à personalidade da autora. *Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, ou seja, incumbe a quem tem mais condições a prova de fato pertinente ao caso.* 3 - Não só como provedora de acesso em sentido amplo atuou a ré na relação em análise, como atuou também como prestadora de serviços, mesmo que gratuitamente. Evidencia-se a desmaterialização e despersonalização das relações havidas pelo uso da Internet, não sendo mais possível identificar o objeto e muito menos os sujeitos de tais relações. Assim, sendo a ré empresa que possui site na Internet de relacionamentos deve, a fim de evitar a incomensurável dimensão dos danos oriundos do mau uso de seus serviços, adotar medidas de segurança que diminuam tais riscos. 4- Valor da Indenização que atendeu o caráter punitivo-pedagógico ao ofensor e compensatório à vítima pelo dano sofrido. Ademais, para o arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas da vítima e do ofensor. Inaplicabilidade do instituto norte-americano do punitive damages. Aplicação ao caso dos critérios para aferição do quantum a indenizar em consonância com o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro. NEGADO PROVIMENTO AOS APELOS, COM EXPLICITAÇÃO"³⁰⁸.

"APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DO CONTRATO OBJETO DA PRETENDIDA REVISÃO. *Caso em que o contrato objeto da pretensão revisional não veio aos autos, ônus que cabia à instituição financeira, pela observância ao princípio da carga dinâmica da prova.* Inteligência, ainda, do artigo 355 do CPC. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA DE OFÍCIO"³⁰⁹.

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPUGNAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ALUSÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. Mantém-se o decreto judicial que acolhe a impugnação à gratuidade judiciária, quando o impugnado deixa de comprovar com suficiência sua impossibilidade em atender os ônus do processo e os elementos colacionados aos autos evidenciam a potencia financeira dos litigantes. A garantia constitucional que assegura o benefício da assistência jurídica integral e gratuita exige, além da simples "afirmação" da pobreza", também a "comprovação" da hipossuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), o que enseja a discricionariedade judicial em sua avaliação. *Cabe ao requerente, assim, como parte mais habilitada, cumprir a demonstração, em respeito à "teoria da distribuição dinâmica da prova", fornecendo todos os elementos de convicção que persuadam sobre alegada hipossuficiência.* APELO DESPROVIDO"³¹⁰.

³⁰⁸ Apelação Cível Nº 70013361043, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21/12/2006.

³⁰⁹ Apelação Cível Nº 70017420225, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 07/12/2006.

³¹⁰ Apelação Cível Nº 70010284180, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 16/03/2005.

"APELAÇÃO CÍVEL. COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATAS. CAUSA DEBENDI. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL IN RE IPSA. FACTORING. DIREITO DE REGRESSO. PROTESTO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROTESTOS. SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. JUROS. TERMO INICIAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCABIMENTO. Não se pode bloquear justa pretensão de direito material por um simples equívoco processual, quando se sabe que o processo somente se justifica na exata medida em que serve à efetividade e à realização dos direitos materiais das partes e, para o Estado-Juiz, serve à realização da justiça do caso concreto, finalidade última e superior da atividade jurisdicional. Não há óbice a que se conheça um pedido de liminar como antecipação de tutela ou como medida cautelar, pois o que define a natureza jurídica da postulação é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual nome juris que a parte circunstancialmente tenha atribuído em sua petição. Não há a tipicidade de ações no Direito brasileiro. Preliminar de extinção da ação cautelar rejeitada. A duplicata mercantil, como título causal que é, representativa de operação comercial entre sacador e sacado, vincula-se ao negócio jurídico subjacente, podendo ser elidida a presunção de liquidez e certeza inerente aos títulos de crédito mediante a demonstração, por parte do sacado, de que a relação negocial, seja a prestação de serviço, seja a entrega de mercadoria, não se efetivou. *Tendo a sacada negado a existência da relação jurídica que teria dado ensejo à emissão das duplicatas protestadas, cabia à apresentante dos títulos a protesto a prova em contrário. Não se poderia exigir da sacada a prova da inexistência da relação jurídica, pois trata-se de prova negativa, conhecida também como prova impossível ou prova diabólica. Caso de aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus da prova cabe à parte que melhores condições tem de produzi-la.* A existência de outros protestos em nome da autora é situação que deve ser considerada quando da fixação do quantum indenizatório, não afastando a obrigação de a ré responder pelos prejuízos causados à autora. O endosso do título transmitido às empresas de factoring não é considerado como endosso cambiário, o qual exige o protesto do título endossado para fins de preservação do direito de regresso. A empresa de factoring cobra deságio das duplicatas que negocia com a faturizada, ocasião em que assume o risco pelo não-pagamento do título pela sacada. Em se tratando de protesto indevido, não é necessária a prova do dano moral, pois trata-se de dano in re ipsa. O cadastramento da autora em órgão de restrição creditícia ocorrido posteriormente à propositura da ação pode e deve ser levado em consideração pelo juízo quando da prolação da sentença. Exegese do art. 462 do CPC. Por óbvio que não poderia a demandante fazer referência na peça inicial da ação ao cadastramento efetuado após o ajuizamento da ação. Sentença ultra petita que não se caracteriza. Os juros nas ações indenizatórias por dano moral devem incidir desde o evento danoso (Súmula 54, STJ) e não a partir da citação. Termo inicial de incidência dos juros que não se altera em face do princípio da impossibilidade de reformatio in pejus. APELO DESPROVIDO"³¹¹.

A dichos fallos, puedo agregar los siguientes:

"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CADASTRAMENTO INDEVIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO QUE ASSUMIU OBRIGAÇÕES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA LIQUIDADADA

³¹¹ Apelação Cível Nº 70006513477, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 15/12/2004.

EXTRAJUDICIALMENTE. HSBC. COMPROVAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO NEGÓCIO DE COMPRA E VENDA. ÔNUS DO BANCO. CARGA DINÂMICA DA PROVA. Tendo o banco-requerido adquirido ativos do Banco Bamerindus do Brasil S.A. através de Contrato de Compra e Venda de Ativos, Assunção de Direitos e Obrigações, segundo noticiado em contestação, era seu o ônus de provar que dentre as obrigações assumidas não se inseria aquelas decorrentes de ato ilícito cometido pela instituição financeira com a qual realizou o negócio. *Aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus probandi pertence à parte que tem melhores condições de produção da prova.* Restando incontroverso nos autos que a autora teve seu nome cadastrado no órgão de restrição creditícia após realizar acordo em demanda revisional, correta a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. APELAÇÃO DESPROVIDA³¹².

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL – PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – FALTA DE PEÇA NECESSÁRIA – Verifica-se que o agravante, embora afirme não possuir cópia do contrato firmado entre as partes, não trouxe qualquer outro documento para comprovar o alegado, isto é, a exigência de valores indevidos. Não se pode, assim, verificar a probabilidade da existência do direito alegado pelo autor/agravante. Trata-se, assim, relativamente as tutelas pleiteadas, de agravo de instrumento mal instruído, visto que não juntadas peças necessárias. Exibição de documento- no caso em exame, o agravante, fundando a pretensão no Código de Defesa do Consumidor, faz pedido exibição de documentos e inversão do ônus da prova. Não se trata, aqui, de inverter do ônus da prova, como deixou assentado o eminente des. Márcio Borges Fortes, quando do julgamento dos AI ns. 598 194 579 e 598 304 681, *mas de aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, pela qual está incumbida a parte que maior facilidade tem de produzi-la em juízo.* Agravo conhecido em parte e, nesta parte, provido³¹³.”

“Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 831.682 - RS (2006/0247794-4) RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA. AGRAVANTE: RIO GRANDE ENERGIA S/A . ADVOGADO: MÁRCIO LOUZADA CARPENA E OUTROS. AGRAVADO: OLIVIO VANZIN. ADVOGADO: ELISABETH MARIA PREZZI . DECISÃO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 182/STJ. 1. Fundando-se a decisão que inadmitiu o recurso especial em entendimento consolidado no âmbito do STJ, incumbe ao agravante demonstrar que a orientação não está pacificada. 2. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial impede o conhecimento do agravo de instrumento. Incidência da Súmula 182/STJ. 3. Agravo de instrumento não-conhecido. 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sintetizado na seguinte ementa (fl. 102): "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO VISANDO A DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. CDC. APLICAÇÃO. CORTE DE LUZ. IMPOSSIBILIDADE. FATURA EM VALORES DE DEZ A VINTE VEZES O USUAL. AUSÊNCIA DE PROVA. DESCONSTITUIÇÃO DA DÍVIDA. Aplicável, in casu, o princípio da carga dinâmica da prova, além de possível, também, a inversão do ônus da prova, cujas hipóteses não se

³¹² APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005819974, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ADÃO SÉRGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, JULGADO EM 10/03/2004.

³¹³ TJRS – AGI 70003136942 – 13ª C.Cív. – Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa – J. 26.02.2002.

resumem à questão da hipossuficiência econômica, podendo ser deferida a inversão, também, com fundamento na inferioridade técnica ou na verossimilhança das alegações do consumidor, ex vi do art. 6º, VIII, do CDC, situações essas, todas, presentes no caso em comento, possibilitando a aplicação da regra, inclusive, ex officio. O inadimplemento não autoriza o corte no fornecimento, pois tal representa exercício arbitrário das próprias razões, vedada a justiça privada pelo sistema jurídico pátrio, não podendo a credora utilizar-se da suspensão do fornecimento como meio coercitivo para o pagamento de débitos. Precedentes da Câmara. Ademais, estando baseada em simples resolução, resta caracterizada a ilegalidade e a inconstitucionalidade, pois, no Estado Democrático de Direito, que adota o Regime Republicano (CF/88, art. 1º) e o princípio da tripartição dos Poderes (CF/88, art. 2º), somente a lei, em seu sentido formal e material – com exceção da medida provisória, nos casos em que é constitucionalmente admitida – é que pode inovar a ordem jurídica, isto é, criar, modificar ou extinguir direitos. Ainda que a leitura do medidor aponte para o consumo efetivo de energia elétrica, no caso dos autos não há prova de que a diferença exorbitante na fatura do autor se deu por consumo efetivo, com o que devem os débitos ser declarados inexistentes. APELO DESPROVIDO." Documento: 3004084 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJ: 19/04/2007. Superior Tribunal de Justiça. Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados. No recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, a, da CF/88, a agravante aponta violação dos arts. 333, I, 335, e 535, II, do CPC, 2º, 3º, XIX, e 29, I, da Lei 9.427/98, 188, I, e 476 do CC/2002, alegando, em síntese, que: (a) o aresto local é nulo por negativa de prestação jurisdicional; (b) compete ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; (c) não obstante comprovada a regularidade do medidor por laudo pericial, o Tribunal de Justiça determinou a inversão do ônus probatório quanto ao efetivo consumo de energia elétrica pelo agravado (prova diabólica); (d) não houve ilegalidade na cobrança, pois o valor corresponde ao real consumo de energia elétrica faturado; (e) o exercício regular de direito não constitui ato ilícito; (f) a lei autoriza o corte no fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência do usuário, entendimento endossado pelo Superior Tribunal de Justiça. O recurso especial não foi admitido porque: (a) não houve ofensa ao art. 535, II, do CPC; (b) o julgamento da pretensão recursal depende do reexame de provas (Súmula 7/STJ); (c) o débito litigioso não autoriza, enquanto pendente a ação judicial, a interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplência do usuário, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça (Ag 761.847, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 23.5.2006; AgRg no Ag 633.173/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.5.2005). A agravante, além de reiterar as razões de recurso especial, afirma que: (a) a decisão agravada é inconstitucional porque analisou o mérito do recurso, afrontando, assim, a competência privativa desta Corte Superior; (b) não pretende a reapreciação de provas, mas discutir a "equivocada aplicação de princípio sobre prova" (fl. 8). 2. O agravo de instrumento não reúne condições de admissibilidade. A "decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais" (Súmula 123/STJ). Há incontáveis julgados desta Corte no sentido de que é possível, no juízo de admissibilidade realizado na origem, adentrar o mérito do recurso especial, pois o exame de admissibilidade pela alínea a do permissivo constitucional envolve o próprio mérito da controvérsia (AgRg no Ag 524.671/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 17.11.2003; AgRg no Ag 68.804/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2.10.1995). Fundando-se a decisão que inadmitiu o recurso especial em entendimento consolidado

no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incumbe ao agravante demonstrar que a orientação não está pacificada, e não simplesmente alegar que a decisão agravada adentrou o mérito recursal. Com efeito, revela-se inviável o agravo que não ataca especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, notadamente a impossibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica enquanto o débito estiver sob apreciação judicial. Incide, por analogia, a orientação firmada na Súmula 182/STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." Nesse sentido: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RAZÕES IMPROCEDENTES. 1. É inviável o agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Incide, por analogia, a Súmula 182 do STJ. Incorre nesse vício o agravo que, em face de decisão que inadmite o recurso especial com base em entendimento consolidado do STJ, não demonstra que a orientação não está pacificada. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 537.836/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.4.2004) Documento: 3004084 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJ: 19/04/2007 . 3. Diante do exposto, não conheço do agravo de instrumento. 4. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 09 de abril de 2007. MINISTRA DENISE ARRUDA. Relatora"³¹⁴.

"AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº 2005.70.04.003064-7/PRAUTOR: ODAIR ALVES BARBOSA. ADVOGADO:ALESSANDRO OTÁVIO YOKOHAMA. RÉU: UNIÃO FEDERAL. Despacho/Decisão ... 5) Na petição inicial, então confeccionada pelo diligente Núcleo da Defensoria Pública da União em Umuarama/PR, o autor requereu a produção de prova testemunhal, tendo inclusive ofertado rol com 03 (três) testemunhas à f. 14. Posteriormente, em petição subscrita pelo dedicado defensor dativo, requereu apenas a produção de prova documental. De resto, também anoto que a parte autora não se manifestou sobre as alegações e documentos carreados pela UNIÃO às f. 450-459, nem declarou se a ordem judicial de antecipação dos efeitos da tutela foi cumprida a contento pela ré. Diante disso, determino a intimação do autor para que, no prazo de 15 (quinze) dias: a) esclareça se desiste do requerimento de produção de prova testemunhal, ou, caso contrário, traga dados completos sobre o RG, CPF e endereço atualizado das testemunhas já arroladas à f. 14 da petição inicial; b) diga se a tutela antecipatória, concedida às f. 349-364, foi cumprida pela ré, que juntou documentos comprobatórios às f. 425 e 427-430; c) se manifeste explicitamente sobre os fatos novos noticiados e documentados pela ré às f. 450-459. 6) *No que tange ao ônus probatório fixado de maneira estática pelas regras do art. 333 do CPC, entendo que, em casos como o presente, a dificuldade fática na obtenção da prova documental pela parte autora autoriza a aplicação da teoria da carga dinâmica da distribuição do ônus da prova, de modo que transfiro à parte ré o ônus de trazer aos autos cópia integral do Inquérito Policial Militar requisitado no último parágrafo da decisão de f. 364.* Diante disso, defiro o requerimento formulado pela parte autora no item 29 à f. 481, e determino à Secretaria que, após cumprido o item 6 deste despacho, intime a UNIÃO para que, no prazo de 15 (quinze) dias: a) se manifeste sobre a petição do autor; b) traga aos autos cópia integral do Inquérito Policial Militar relativo ao acidente sofrido pelo autor quando prestava serviço para o Exército Brasileiro. 7) O pedido de produção de prova testemunhal formulado pela ré à f. 484 será apreciado oportunamente"³¹⁵.

³¹⁴ Documento: 3004084 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJ: 19/04/2007.

³¹⁵ Umuarama, 25 de maio de 2007. Marcelo Antonio Cesca -Juiz Federal Substituto-.

“EMENTA PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - GRATIFICAÇÃO DEVIDA A TÍTULO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA - PROFESSOR DA REDE DE ENSINO MUNICIPAL - ÔNUS DA PROVA - PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA - PARTE QUE POSSUI O CONTROLE DA RELAÇÃO JURÍDICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APRECIÇÃO EQUITATIVA - 1) Se o requerido não se desincumbiu de demonstrar a inverossimilhança do direito do autor, correta a sentença que o condenou a pagar os atrasados, a título de dedicação exclusiva, porque lhe cabia o ônus, tendente a impedir, modificar ou extinguir tal direito, particularmente incidindo o *princípio da carga dinâmica da prova, onde à parte que possui ou deveria possuir o controle da relação jurídica, cabe apresentar em Juízo os documentos a ela atinentes*. A verificação dos requisitos, se cumpridos ou não, para o recebimento de gratificação, cabia ao recorrente, e este não logrou apresentá-los. 2) Em termos de verba honorária, esta fixada no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), havendo apreciação equitativa por parte do Magistrado, conforme a regra contida no § 4º do art. 20 do CPC, não há que falar em valores excessivos. 3) Apelo a que se nega provimento”³¹⁶.

“NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. INICIAL DESACOMPANHADA DOS CONTRATOS. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA CARGA PROBATÓRIA. Deixando o autor de trazer aos autos os contratos que são objetos da ação revisional, pode, o juiz, determinar que a instituição financeira os forneça, invertendo o ônus da prova. Aplicabilidade, in casu, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-lo ao destinatário da prova. Inviável ao Judiciário proferir decisões condicionais, o que se caracteriza no julgamento de ação revisional de contrato bancário sem a presença, nos autos, do pacto ou pactos cujas cláusulas estão sendo discutidas, mormente quando sustentada a continuidade negocial, não podendo se aferir, unicamente pelo texto da confissão de dívida a existência de novação. Aliás, ainda que novação houvesse, há se examinar os contratos originários a fim de se verificar os termos da contratação, já que a novação não abriga obrigações nulas ou abusivas. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA, DESCONSTITUINDO-SE A SENTENÇA. APELAÇÃO DO RÉU PREJUDICADA. Data 13/12/2001”³¹⁷.

“... se o autor, efetivamente, jamais sofreu desvio de função, poderia o réu facilmente, e deveria, demonstrar isso, juntando à contestação, por exemplo, listas de frequência em sala de aula, diários de classe e outros documentos comprobatórios em poder de sua Secretaria de Educação. Já não fosse suficiente a presunção antes referida, e tornada incontroversa, teria aplicação, aqui, o *princípio da carga dinâmica da prova, segundo o qual cabe à parte que possui ou deveria possuir o controle da relação jurídica discutida e, por consequência, os documentos a ela atinentes, trazê-la a juízo*. Incontroverso, pois, que o autor exerceu atribuições diversas das suas de janeiro/2.001 a dezembro/2.002, motivo pelo qual deve ser declarado o direito à percepção das diferenças havidas entre os vencimentos da Classe A e os da Classe B, nos exatos termos do pedido. Aqui, ainda que se pudesse acolher a alegação de ato nulo, ou de que o instituto da promoção só surgiu em momento posterior, isso não levaria à conclusão de que inexistente o direito. Afinal, consoante a jurisprudência já sedimentada, o desvio

³¹⁶ TJAP - AC n.º 2528/ - Acórdão n.º 9110 - Rel. DÔGLAS EVANGELISTA - Câmara Única - j. 31/01/2006 - v. Unânime - p. 07/03/2006 - DOE n.º 3718.

³¹⁷ Apelação Cível n.º 70000206110 - TJ/RS.

de função, se impossibilitada o reenquadramento, gera, por outro lado, o dever de pagar as diferenças de vencimentos, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. Nesse sentido, por sinal, já dispunha a Súmula 223, do extinto TRF.”³¹⁸.

12.2.1.2. Colombia

En Colombia, se ha producido una interesante evolución jurisprudencial relativa a la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de salud.

En efecto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de aquel país, establece que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Ello así, hasta el año 1992 se consideró jurisprudencialmente que la persona que alegaba “haber sufrido un daño con ocasión de la actuación irregular del Estado en la prestación del servicio médico, debía demostrar los supuestos de hecho que apoyaban su pretensión, teniendo de esta manera el criterio de la falla *probada* del servicio. Cuando el actor no probaba la falla de la entidad, ésta era exonerada de los cargos, y se negaban las pretensiones del paciente y/o su familia”³¹⁹.

Este criterio se traducía en que para obtener una declaración de responsabilidad del Estado por *la falla en el servicio prestado* por una entidad de salud pública, el demandante tenía la carga de probar todos los elementos para estructurar la responsabilidad de la Nación: “a) Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente porque no se prestó dentro de las mejores condiciones que permitía la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo en cuanto a equipo, sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) Que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y c) Que entre aquélla y éste existió una relación de causalidad”³²⁰.

Es que, en esa época, el Consejo de Estado estimaba que, por regla general, las obligaciones que adquirirían las entidades de salud de carácter oficial frente a sus pacientes, eran obligaciones de medios, dado que la vinculación era contractual.

³¹⁸ Ap. Cível 2011/05.

³¹⁹ DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, *passim*.

³²⁰ PELÁEZ GARCÍA, Mateo, en “Responsabilidad Civil y del Estado”, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, No. 14, Julio de 2003, pp 90; apud. DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, *passim*.

Sin embargo, a partir de la sentencia de 1990³²¹ y, fundamentalmente, mediante otra del 30.6.1992³²² que se considera fundamental en la evolución del tema en aquél país, el Consejo de Estado comienza a aplicar la noción de falla presunta del servicio, con la consiguiente *inversión jurisprudencial de la carga de la prueba*, de tal suerte que ahora, en los procesos de responsabilidad contra el Estado por los daños ocasionados por sus funcionarios en el ejercicio de la actividad médica oficial, era éste el que debía probar que “dicho servicio fue prestado debidamente” para poder exonerarse de responsabilidad.

Como relata Alier Hernández Enríquez, en dicha sentencia - con ponencia del entonces consejero Daniel Suárez Hernández -, el Consejo, luego de recordar que la

³²¹ “La prueba de la falla del servicio de la entidad pública se estimó, sin reparos, como carga del actor, hasta 1990. La sentencia de 24 de octubre de ese año, proferida por la sección tercera del Consejo de Estado⁸, puso, por primera vez, en cuestión el asunto pues, si bien, en el caso concreto, se encontró probada la falla y se reiteró que la médica es una obligación de medios, expresó también que, en estos casos, se debía acudir a la aplicación del artículo 1604 del C. C.9, en el inciso tercero, que rige – se dijo –, por igual tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual; de todo ello concluyó como no cierto que el artículo 2341 del C. C. deje la prueba de la falla a cargo del actor, pues, en todos los casos, es el deudor (es decir, en nuestro caso, el Estado) quien está al tanto de la forma en que ocurrieron las cosas y, por lo mismo, de la manera en que se presentó el incumplimiento y, por consiguiente, quien tiene mayor facilidad para aportar la prueba de la diligencia que estaba obligado a observar. Esta regla – dijo – es aplicable en las obligaciones de dar y hacer, porque en las obligaciones de no hacer hay una negación indefinida y la carga de la prueba será del actor” (HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002, pág. 33).

³²² Sentencia del 30 de julio de 1992 (Anales, tomo CXXVIII, 3r trim, 2ap; págs, 238 a 252), Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, la Sección Tercera del Consejo de Estado. En la misma, el Consejo de Estado pasa a formular la tesis de la carga dinámica de la prueba, en los siguientes términos: “Ahora bien, por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula... contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento. Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa. Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el “Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial” de Argentina, el profesor Augusto M. Morello en su obra “La Prueba. Tendencias modernas”, Editorial Platense - Abeledo - Perrot, 1991, páginas 84 y 85 escribe: “1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico - quien es el que recaba la tutela jurisdiccional - más que colocarlo en el vértice del operador (juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado. “2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonablemente posible,

prueba de la falla es, en principio, una carga del actor, “*en las intervenciones médicas – sobre todo las quirúrgicas-, su cumplimiento es difícil sino imposible, por lo cual propone que sean los especialistas, que están en mejores condiciones de un conocimiento técnico y real, quienes satisfagan las inquietudes que surjan en contra de tales procedimientos, evento en el cual, de probarse la ausencia de falla, la entidad quedaría exonerada de responsabilidad*”; de lo cual, puede inferirse que esta tesis tiene por fundamento “*la facilidad probatoria de las partes, es decir, la aplicación del principio que se conoce como de las cargas dinámicas de la prueba*”³²³.

Posteriormente, y desde la sentencia del 3.2.1995, el Consejo de Estado directamente estableció que, en todos los casos y en todos los procesos de responsabilidad médica, se debía partir de la presunción de que la institución hospitalaria de carácter oficial falló en la prestación del servicio médico a su cargo y en consecuencia, se estableció que para exonerarse de responsabilidad, debía acreditar diligencia y cuidado. De esta manera, la entidad prestadora de salud llegaba *siempre* al proceso con una *presunción de falla en su contra*³²⁴.

Sin embargo, como bien lo recuerda la doctrina colombiana “*La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esta manera el juzgador alcance la certeza requerida para emitir su sentencia. La teoría de la carga dinámica supone la “repartición” de las cargas probatorias entre médico y paciente de acuerdo con las situaciones particulares de cada proceso, y no supone, pues, establecer reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos. Observamos entonces como elementos importantes de la*

del lado del consumidor e, igualmente, del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órgano destinatario de la prueba. "Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce "cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial", la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso. "3) Las dos anteriores se enlazan, así mismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI, como ALPA en su contexto más global y reparando en la dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad;...". “En el caso que es objeto de análisis, ha debido entonces, el ente demandado acreditar que frente al procedimiento quirúrgico que seccionó el nervio facial se habían adoptado las medidas de precaución anteriores, tales como exámenes y análisis del paciente encaminadas a la prevención de la lesión de dicho nervio o, por lo menos, haber enterado al paciente Ramírez Morales de la situación comprometida de aquel, sus complicaciones y consecuencias dañosas, con miras a que el enfermo participara en la decisión de un acto quirúrgico que afectaría su futuro estado físico y emocional. Ante la omisión probatoria que en tal sentido se observa por parte del Instituto de Seguros Sociales resulta evidente para la Sala la falla del servicio que a la larga originó los perjuicios materiales y morales causados a Gustavo Eduardo Ramírez Morales y a su esposa, en una situación tal de conexidad que sin aquella los daños no se hubieran ocasionado. Se dan pues los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual administrativa y así, lo declarará la Sala en esta providencia”.(Ibidem; págs. 246 a 248)

³²³ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002, págs. 33/34.

³²⁴ DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, passim.

teoría de las cargas dinámicas, los siguientes: 1. La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar. 2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto. 3. La teoría en sí misma *no establece presunciones en contra de las partes*³²⁵.

En el mismo sentido, Javier Tamayo Jaramillo sostuvo que “Nos parece justo que el médico, en la medida en que las circunstancias de hecho se lo permitan, deba aportar al proceso la prueba de cómo ocurrieron los daños sufridos por el paciente, y cuál fue la diligencia y cuidado con que se atendió al enfermo. ... Lamentablemente, el Consejo de Estado pretende salir de *una posición rígida* a favor de los médicos, para caer en *otra igualmente rígida* a favor de las víctimas. Es decir, se continúa con *la carga estática de las pruebas*, pero esta vez a favor del demandante, olvidando que la filosofía de *la carga dinámica* es la de radicar la carga probatoria en aquella de las partes que esté en posibilidad de mostrar la real verdad de las cosas”³²⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir del año 2000 y merced a votos del Consejero de Estado doctor Alier Hernández Enríquez, en el Consejo de Estado se propende por la adopción de *la teoría de la carga dinámica de la prueba* de manera *adecuada*, es decir, analizando en *cada caso en particular* cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte³²⁷.

Precisamente, comentando una sentencia del Consejo de Estado del 10 de febrero del año 2000³²⁸, en la que se sostiene que no todos los hechos expuestos en los procesos de responsabilidad médica estatal tienen un aspecto técnico y científico, y por esa razón, no siempre es el médico quien está en mejor posición de probar, Saavedra Becerra comenta: “El Consejo de Estado rechaza por tanto, en este litigio, el régimen de falla del servicio presunta, de lo cual se deduce que dicho régimen no es aplicable en la

³²⁵ DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, *passim*.

³²⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier; “Sobre la prueba de la culpa médica”, pág. 254, apud DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, *passim*.

³²⁷ DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, *passim*.

³²⁸ En sentencia del 10 de febrero de 2000, el Magistrado Ponente Dr. Alier Hernández Enríquez, sentenció: “En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado (se refiere al del 30 de julio de 1992), se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relevan el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad. Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión”.

totalidad de los eventos de responsabilidad por daños causados en la prestación del servicio de salud. La consecuencia es que corresponderá al juez determinar en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar la falla (...), con lo cual *el traslado de la carga probatoria* será no ya una regla de derecho común sino un episodio eventual³²⁹.

12.2.1.3. Venezuela

No obstante que en dicho país aún no tiene consagración legal, los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, *aplican cotidianamente* la teoría de las cargas probatorias dinámicas conforme constatamos *en innumerables pronunciamientos*, algunos de los cuales se citan en nota al pie³³⁰.

12.2.1.4. Uruguay

En el país limítrofe, encontramos varios precedentes jurisprudenciales³³¹ que aplican la doctrina de marras, de entre los cuales podemos citar el siguiente pasaje:

“Refiriendo a la carga de explicar cómo sucedieron los hechos enseña Gamarra que: "... las cuestiones de carácter técnico escapan al conocimiento del paciente ...", lo que emparenta con *la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, según la cual le incumbe a quien, por las circunstancias del caso se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva, en el caso la asistencial, aportando elementos convictivos de que se obró con diligencia, prudencia, pleno conocimiento del acto médico, en suma, sin culpa (Responsabilidad Médica I pág. 134-150)³³².

12.2.1.5. Perú

³²⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro: “La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, pp. 317; apud. DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, *passim*.

³³⁰ Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial de Área Metropolitana de Caracas; Caracas, cuatro (4) de julio de 2007; 197° y 148°; SENTENCIA INTERLOCUTORIA N° 35/2007 (disponible en <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/julio/2101-4-AP41-U-2006-000821-35-2007.html>); Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, Barquisimeto, 6.10.2003, Años: 193° y 144°, Juez, Dr. Horacio Jesús González Hernández (disponible en <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/octubre/648-6-6445-6445.html>); Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, Barquisimeto, 13.11.2006, Juez, Dr. Horacio Jesús González Hernández (disponible en <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/648-13-KP02-G-2005-000113-KP02-G-2005-000113.html>)

³³¹ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2to. Turno, Sentencia N° 71, Montevideo, 28.4.2004, in re “ALVARO BEBANZ C/ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PRIMERA DE SOCORROS MUTUOS y OTRO” (F. 5.198.2003), Ministros Dres. Mariela Sassón, Tabaré Sosa Aguirre y Jorge Omar Chediak González (disponible en <http://www.elderechodigital.com.uy/smu/juris/smuj0066.html>)

³³² Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, Sentencia N° 71, Montevideo, 26.4.2000, in re "EG C/ ESTADO (BPS), MUTUALISTA CCA - COBRO DE PESOS" - Ficha N° 6/1999, Ministros Dres. Jorge T. Larrioux, Juan P. Tobía Fernández y Eduardo J. Turell (disponible en <http://ar.geocities.com/ggarcialemes/tac4.71.26.4.00.html>).

En Perú, en una sentencia emitida el 20 de mayo de 1999 por la en aquel entonces Sala de Procesos Abreviados y De Conocimiento de la Corte Superior de Lima, resolviendo un proceso en Segunda Instancia sobre Nulidad de Compraventa por Simulación de Contrato, sentencia en cuyo Quinto Considerando dispuso lo siguiente: “La controversia no debe resolverse bajo el esquema que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impositivos y extintivos invocados en su propio mecanismo; sino que en materia de simulación, la *doctrina reconoce la llamada carga probatoria dinámica*, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas, esto es, situaciones de expectativa, esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según la cual, la carga probatoria se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla”³³³

12.2.2. Resto del Mundo

12.2.2. España

1. Antes de la vigencia del actual artículo 217, apartado 6º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (2000) –que para la doctrina introduce un nuevo criterio -el de la “*disponibilidad y facilidad probatoria*”³³⁴- que servirá para “*minorar el rigor de la norma frente a posturas desleales o contrarias a la buena fe procesal*”³³⁵, esto es, -, la distribución de la carga de la prueba no estaba en el ordenamiento ritual de aquél país sino, como ocurre en otros lugares, en el Código Civil Español³³⁶, más precisamente en su artículo 1214 que contenía la siguiente regla rígida de adjudicación del onus probandi: “*Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone*”.

Ello así y más allá de las lógicas críticas que la *doctrina* siempre deparó a esta norma, lo cierto es que la *jurisprudencia* fue matizando, a lo largo de los años, el *rigor* de la misma.

Fue por eso que se entendió que los principios a que respondía la norma aludida *no eran absolutos o inflexibles* sino que debían adaptarse *a cada caso*, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y *los criterios de normalidad y disponibilidad probatoria*³³⁷.

³³³ Citado por LINARES AVILEZ, Daniel; “Reflexiones sobre la prueba dinámica”, disponible en www.estudiolinares.com.

³³⁴ “Obsérvese como este apartado del art. 217 LEC supone una especificación del criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, en virtud del cual «se pone de manifiesto que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto, a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba» (MONTERO AROCA, J., en “Nociones generales sobre la prueba..., *cit.*, p. 41). Este mismo criterio es el que utiliza la ley al distribuir con carácter general la carga de la prueba entre las partes en los apartados 2 y 3 del art. 217, pero es que además lo reitera explícitamente en el apartado 6 del mismo artículo: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio» (SANCHIS CRESPO, Carolina; “Los contornos de la prueba en el nuevo proceso civil”, Revista de Derecho de la Universitat de València, N° 1, Noviembre 2002, *passim*).

³³⁵ TÉLLEZ RICO, Javier; “El régimen probatorio en la responsabilidad civil médica”, versión on line en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/El%20regimen%20probatorio.pdf>.

³³⁶ TÉLLEZ RICO, Javier; “El régimen probatorio en la responsabilidad civil médica”, versión on line en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/El%20regimen%20probatorio.pdf>.

³³⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel; “Comentário al art. 1214 C.C.” em “Comentário al Código Civil y Compilaciones Forales”, dirigido por Manuel ALBALADEJO, ed. Edersa, Madrid 1991, 2da. edición,

La *flexibilización* de marras, según las investigaciones doctrinales, comenzó con una vieja sentencia del Tribunal Supremo del 3.6.1935 donde se lee "... de la misma forma habrá de acreditar también aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa *sin grandes dificultades*".

En relación a ello, la doctrina explica que "La *doctrina de la facilidad probatoria* valora las posibilidades de las partes, desplazando la carga de una a otra según criterios de *mayor facilidad o dificultad*. En este sentido, a cada parte le corresponde la prueba de lo que, conforme a la razón y a la experiencia, *es más fácil de probar para ella que para la parte contraria*, siguiendo por tanto un criterio de facilidad probatoria en cuanto a la acreditación de la existencia del hecho alegado. Habrá que acudir al criterio de la facilidad probatoria a fin de mantener el principio de igualdad en el proceso"³³⁸.

En definitiva "La carga de la prueba está inicialmente impuesta a aquel que alega los hechos sobre los que fundamenta su pedimento. Pero excepcionalmente le es *muy difícil*, cuando no imposible, acreditar estos hechos; es en ese momento procesal cuando *la doctrina tanto científica como jurisprudencial*, a través de los criterios de *normalidad, facilidad o flexibilidad*, así como de la aplicación de *los principios de presunción de la buena fe y de la equidad*, aboga por una inversión del onus probandi en perjuicio del más fuerte en el proceso o de aquel *al que la prueba le resulta más difícil*, bien por carecer de los medios de prueba, por serle *imposible* acudir a las fuentes o cuando el hecho que se quiere acreditar es de *muy difícil prueba*"³³⁹.

Posteriormente, reiteró amplió el criterio y aludió a que los criterios legales debían flexibilizarse conforme la "*disponibilidad de los medios probatorios*" (sentencia del T.S. del 24.12.1958).

En ese mismo sentido, se computan las sentencias del Tribunal Supremo³⁴⁰ del 23.9.1986, 23.10.1991, 17.11.1993, 28.11.1996³⁴¹, 29.9.1997, 30.10.1998, 23.12.1998, 28.1.1999, entre otras³⁴².

Tomo XVI, Vol. 2º, pág. 65; apud: LUNA YERGA, Álvaro, "Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria", Working Paper N° 165, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com.

³³⁸ VALLS LLORET, Juan Domingo; "La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal", versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.

³³⁹ VALLS LLORET, Juan Domingo; "La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal", versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.

³⁴⁰ "Las razones que se acogen en esa jurisprudencia se clasifican por Corbal en los siguientes apartados: a) dificultad probatoria para una parte y mayor facilidad para la otra; b) situación más favorable (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre 1991); c) conocimiento de la fuente o del medio probatorio (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1988 y 18 de julio de 1991); d) mejor disponibilidad para probar (18 de mayo y 15 de julio de 1988); y e) proximidad o cercanía a la fuente de prueba (sentencias del Tribunal Supremo 25 de junio y 29 de octubre de 1987, 18 de noviembre de 1988, etc.)", apud: GARNICA MARTIN, Juan F.; "Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil (I). Crítica a una jurisprudencia equivocada", La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, N° 6, 1999, págs. 1913-1924.

³⁴¹ Apud: CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago; "El derecho español y la prueba en el proceso civil. Un principio general de lo más tangible. Comentario a la STC 71/2003 de 9 de abril", en www.porticolegal.com/articulos/pa_189.php.

³⁴² VALLS LLORET, Juan Domingo; "La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal", versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.

Así por ejemplo, en la sentencia del TS del 20.10.1998 se expresó: “La moderna doctrina jurisprudencial *viene matizando el principio del onus probandi* que sanciona el artículo 1214 del Código Civil en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue; y aún cuando no cabe admitir en todos los casos que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos positivos contrarios, *aquella norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles*, sino que se deberá *adaptar a cada caso*, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y *la disponibilidad o facilidad* para probar que tenga cada parte”³⁴³.

O, la tendencia que indicaba que la apreciación de la prueba debe hacerse “*según criterios flexibles* y no tasados, que se deben *adaptar a cada caso* según la *naturaleza de los hechos* afirmados o negados”³⁴⁴.

En síntesis, la doctrina del Tribunal Supremo alude a la “*relatividad*” del principio procesal *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*, y la coordina con la que proclama la necesidad de tener en consideración la “*disponibilidad*” o “*facilidad*” de una determinada prueba a cargo de una de las partes.

En ese sentido, Ricardo de Ángel Yagüez nos anuncia que “Por ejemplo, la STS 8.3.91 (RAJ 2200) tiene declarado que “si bien es cierta la vigencia de la conocida regla ‘*incumbit probatio...*’, la misma no tiene un valor absoluto v axiomático, matizando la moderna doctrina el alcance del principio del ‘*onus probandi*’ en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue y que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos -SSTS 23.9.86, RAJ 4782, y 13.12.89, RAJ 8828-,y, finalmente, que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte -SSTS 18.5.88, RAJ 4314, 15.7.88, RAJ 5694, 17.6.89, RAJ 4695, y 23.9.89, RAJ 6352””³⁴⁵.

Ocurre lo propio en los siguientes pronunciamientos:

“Mas, como razonablemente sugiere el órgano a quo, esta Sala como órgano ad quem comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constituidos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante,

³⁴³ Citado por VALLS LLORET, Juan Domingo; “La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal”, versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.

³⁴⁴ Apud: VALLS LLORET, Juan Domingo; “La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal”, versión on line en <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.

³⁴⁵ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; “Responsabilidad médica e inversión de la carga de la prueba: ¿una nueva orientación jurisprudencial?”, su ponencia en el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario, disponible en www.aeds.org/congreso5/5congre-16.htm.

ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. Por todas las razones expuestas, el motivo sucumbe³⁴⁶.

2. Más recientemente y ya aplicando el criterio legalmente acogido por el artículo 217, apartado 6º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueden computarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo del 23.12.2002³⁴⁷, del 20.1.2003³⁴⁸ y del 25.1.2005³⁴⁹.

También ha sido objeto de un estudio detenido las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, del 29.11.2002 (responsabilidad médica por olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica)³⁵⁰, del 23.12.2002 (parálisis cerebral de recién

³⁴⁶ STS 2.12.96 (AC 288 de 1997), apud: ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; “Responsabilidad médica e inversión de la carga de la prueba: ¿una nueva orientación jurisprudencial?”, su ponencia en el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario, disponible en www.aeds.org/congreso5/5congre-16.htm.

³⁴⁷ Citada por RIVES SEVA, José María; “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de derecho sustantivo y procesal en la materia”, versión on line disponible en www.tribunalmmm.gob.mx/revista/debate9/doctrinal.htm.

³⁴⁸ STS Nº 28/2003 (Sala Civil), 20.1.2003, Recurso de Casación Nº 1755/1997, Ponente: José Almagro Nosete (disponible en www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/postgrados/doc/RJ_2003_350.pdf).

³⁴⁹ Comentada por BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio; “Falta de liquidez del empresario y puesta a disposición de la indemnización en despidos colectivos (Carlos Antonio v. Central Eléctrica Espinosa de Henares S.L.). Comentario a las SSTs de 25 de enero de 2005 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 29 de octubre de 2003”, disponible on line en www.upf.edu/iuslabor/022005/art06.htm.

³⁵⁰ “La Sentencia del Tribunal Supremo, por su parte, estima el recurso de casación interpuesto por el actor, casa y anula las sentencias de instancia y condena al demandado a pagar 120.000 € (algo menos de 20.000.000 ptas.). El Tribunal Supremo derriba sucesivamente los tres defensas que impidieron la condena del cirujano demandado en la instancia: 1. Estima la concurrencia de relación de causalidad con base en la doctrina de la disponibilidad y facilidad probatoria. Así, considera que el médico demandado no ha «acreditado, ni justificado, ni prácticamente alegado, que [las] secuelas y, en definitiva, [la] incapacidad tuviera una causa ajena a la actuación médica»: «Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión» (F. D. 3º). 2. Tiene por acreditada la negligencia del facultativo demandado en el desempeño de su actividad con base en la doctrina jurisprudencial de los daños desproporcionados, que identifica con instrumentos probatorios importados de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: «[E]l resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente, demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto; con lo cual se reitera la doctrina de esta Sala sobre el daño desproporcionado (...) del que se desprende la culpabilidad del autor (...) que (...) corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) (...) angloamericana, y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual)» (F. D. 3º). 3. Finalmente, apunta un estándar de responsabilidad objetiva en la actividad médica al afirmar la aplicabilidad del régimen de responsabilidad previsto en el art. 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU): «[A] mayor abundamiento, se reitera asimismo la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios

nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto)³⁵¹ y del 22.6.2004 (mamoplastía fallida)³⁵².

13. Concreción legislativa nacional e internacional

13. 1. ¿Necesita la teoría ser plasmada en una o más normas legales?

Para Morello, *de ninguna manera*. Según su autorizada óptica, basta interpretar de forma *flexible* el contenido de *las normas legales* de atribución del riesgo

y que ha sido proclamada por esta Sala desde las sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997 y lo reitera y resume, entre otras muchas, la de 9 de diciembre de 1998 que dice: "... demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss.)» (F. D. 3º)" (LUNA YERGA, Álvaro, "Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica", Working paper Nº 141, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com).

³⁵¹ "La STS, 1ª, 23.12.2002, ponencia del Magistrado Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, ejemplifica bien el modo en que nuestros Tribunales aplican los principios procesales de disponibilidad y facilidad probatoria. En el caso, una recién nacida había sufrido una parálisis cerebral infantil, que determinó una disminución de su capacidad orgánica y funcional en un 84%, a consecuencia de sufrimiento fetal agudo motivado por la excesiva duración del parto. Su madre había roto aguas prematuramente y 48 horas después fue inducido el parto por la ginecóloga co-demandada, a quien había contratado para que la atendiera durante el periodo de gestación y el alumbramiento de la que habría de ser su primera hija. Los síntomas evidentes de hipoxia que presentó la recién nacida al nacer hicieron precisa la intervención del pediatra de guardia del centro médico co-demandado, que le aplicó una reanimación profunda y ordenó su traslado urgente a un centro sanitario con UCI de pediatría, donde pese a mejorar su estado de salud persistieron las secuelas descritas. El padre de la recién nacida demandó a la ginecóloga que asistió a su esposa y al "Centro Médico Sanatorio Virgen del Mar, Cristóbal Castillo, SA", hospital en que tuvo lugar el parto y que había sido indicado por la co-demandada, y reclamó una indemnización de 100.000.000 ptas. (601.012,10 €). La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Almería, de 16.11.1995, cuyo fallo fue confirmado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección Primera, de 5.4.1997, desestimó la demanda por los siguientes motivos: 1. No era posible asegurar la certeza de la rotura prematura de la bolsa fetal ni el tiempo que, en su caso, habría transcurrido desde la rotura hasta que se indujo el parto. 2. El sufrimiento fetal agudo que originó la parálisis cerebral pudo obedecer a diversas causas, una de las cuales (pero no exclusiva) es la rotura prematura de la bolsa de aguas. 3. Aunque el dictamen del perito ginecólogo atribuía la parálisis cerebral secundaria a hipoxia fetal de la recién nacida a que el periodo expulsivo del feto se prolongó durante más de tres horas, otro informe médico matizaba las conclusiones del primero en tanto que: i) la hipoxia fetal pudo haberse producido antes del parto o en sus etapas iniciales; ii) la documentación aportada no incluía partograma que permitiera contrastar si el lapso de tres horas hacía referencia exclusivamente al periodo expulsivo o, por el contrario, a la duración total del parto; y iii) la insuficiencia de material probatorio no permitía afirmar que el sufrimiento fetal agudo que determinó la parálisis cerebral sobreviniera por no haberse inducido el parto una vez producida la rotura de la bolsa. La Sentencia del Tribunal Supremo, por el contrario, estima el recurso de casación interpuesto por la ya ex-esposa del actor, al que había sucedido procesalmente a su muerte, casa y anula la Sentencia de la Audiencia, revoca la del Juzgado y resuelve como sigue: 1. Desestima la pretensión de resarcimiento dirigida contra el centro médico, dado que el daño sufrido por la recién nacida nada tuvo que ver con el servicio de hospitalización ni con la actuación del pediatra de guardia. Además, no existía ningún vínculo entre el centro médico y la ginecóloga co-demandada, ya que ésta sólo hacía uso de sus instalaciones, que permita apreciar, ya sea en la vía contractual o en la extracontractual, la existencia de una culpa in eligendo o in vigilando del centro. 2. Estima la pretensión de resarcimiento dirigida contra la ginecóloga y la condena a pagar 100.000.000 ptas. (601.012,10 €), de los que 5.000.000 ptas. (30.050,61 €) corresponden a la recurrente y el resto, 95.000.000 ptas. (570.961,50 €), se destinan a atender las necesidades de su hija, con base en la aplicación incorrecta de la doctrina sobre carga de la prueba: «Las Sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba al fundar la decisión absolutoria en una

de la incertidumbre probatoria (v.gr. artículos 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los que siguen sus aguas en las provincias argentinas).

En ese sentido, preconiza “¿De qué manera puede hacerse rendir -modernamente- con mayor maleabilidad las pautas que contiene el art. 375 Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. (377 Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina)? ¿Es necesario modificar o ampliar esa norma para satisfacer mejor tal propósito?. Creemos que no es necesario; que al intérprete le basta acordar a su texto, "en una lectura más dinámica y abierta", unos alcances y variaciones que imponen las "diferentes" características de los asuntos a tratar ... La realidad de la experiencia concreta aconseja como conveniente ajustarse a una "interpretación finalista" de los textos vigentes, adecuada a la exigencia de la "colaboración procesal" para el logro de los mejores resultados de la jurisdicción. En la práctica ello se traduce en el acogimiento de las denominadas cargas probatorias "dinámicas", lo que permite arribar a

falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada –el demandante- que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte –médico ginecologo- omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del “como” y “porqué” de la grave lesión del recién nacido» (F.D. 3º)” (LUNA YERGA, Álvaro; “Parálisis cerebral de recién nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto”, Working paper N° 142, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com.. Ibídem: “Mamoplastía fallida”, Barcelona, febrero de 2005, disponible en www.indret.com).

³⁵² “La demandante, Lina, de 36 años de edad, sufría dolores de espalda causados por una hipertrofia mamaria y osteoporosis en fase inicial. Por ello, aconsejada por el Dr. José Luis, Catedrático de Universidad de Patología Quirúrgica, decidió someterse a una intervención de reducción de mamas, que practicó él mismo. Como consecuencia de la intervención, la demandante sufrió una necrosis masiva en uno de sus pechos que derivó en su deformidad y en la pérdida total de la zona areola-pezones. Lina demandó al Dr. José Luis, al “Sanatorio Nuestra Señora de la Salud, SA”, en que se llevó a cabo la intervención, y al Dr. Luis, cirujano al que acudió con posterioridad, éste a los solos efectos de evitar la posible excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y reclamó una indemnización de 300.506,05 €. El JPI nº 4 de Granada, en Sentencia de fecha 3.1.1997, y la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, en Sentencia de 6.4.1998, desestimaron íntegramente la demanda, pues con base en una aplicación estricta de las reglas sobre carga probatoria consideraron que la demandante no había acreditado la negligencia de los demandados y, en especial, del Dr. José Luis. El Tribunal Supremo, por el contrario, estimó parcialmente el recurso de casación en que la demandante pretendía ya exclusivamente la condena del Dr. José Luis y le condenó a pagar 147.443 €. La Sentencia es un compendio de las doctrinas, principios e instrumentos a los que recurre la Sala Primera desde mediados de la década pasada para facilitar a las víctimas de un accidente médico-sanitario la obtención de una indemnización. 1. Aligeración de la carga de la prueba. El Tribunal Supremo, tras integrar el factum de la Sentencia por las deficiencias e insuficiencias de las Sentencias de instancia en la determinación de los hechos probados, consideró que tanto el Juzgado como la Audiencia habían infringido los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, regulados hoy en el art. 217.6 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al exigir a la demandante una prueba imposible para ella. Así, con cita de la STS, 1ª, 23.12.2002 (Ar. 914) -recién nacida sufre parálisis cerebral a consecuencia de la duración excesiva del parto-, comentada en InDret (LUNA YERGA, 2003), el Tribunal Supremo afirma que la carga de la prueba se atenúa, sin llegar a la rigurosidad de su inversión, para no convertir en ilusorio el derecho a la tutela judicial de aquellos demandantes enfrentados a la imposibilidad de aportar una prueba que se halle a disposición de la otra parte o que aquélla pudiera acreditar con mayor facilidad. Entre otras consideraciones, el hecho de que el médico demandado no fuera especialista en cirugía plástica, estuviera próximo a jubilarse, no hubiera llevado a cabo intervenciones similares sino mucho tiempo atrás, hubiera aplicado una técnica de los años 60, la intervención hubiera durado más de lo habitual y, en definitiva, que los peritos no hubieran podido clarificar los hechos debido a la falta absoluta de datos, impiden imponer en exclusiva a la demandante la total carga de la prueba” (LUNA YERGA, Álvaro; “Mamoplastía fallida”, Barcelona, febrero de 2005, disponible en www.indret.com).

consecuencias similares y útiles, sin crear desigualdades injustificadas. La distribución de esa tarea probatoria -que no es excluyente sino "compartida" a tenor de las posiciones y posibilidades de satisfacerla de manera más adecuada y eficaz- responderá a la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar ... ¿Por qué, entonces, alterar la sistemática y la vocación de conjunto de la norma "procesal" vigente? ... La fijación última del art. 375 Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires. (art. 377 Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina) nos muestra que el "contenido" actual de esa decisiva norma tiene un sentido más maleable y facilitador, que se acomoda sin forcejeos a la lógica anterior -colaboración y buena fe- del derecho a probar. ... En resumen: "El juez, respetando las garantías del proceso justo, está habilitado a flexibilizar los principios procesales y las reglas que reglamentan la distribución de la carga de prueba. A esos fines y a tenor de las particulares circunstancias del objeto en controversia o hallarse la parte en mejores condiciones para colaborar en la producción de la misma, será ella la que viene principalmente gravada en su gestión". Este emplazamiento normativo -que recoge los dictados de la realidad litigiosa- incide, determinantemente, en el delicado tema de facilitar "razonablemente" al juez formar su convicción fundada y desembocar en una solución acorde con los valores y fines del proceso justo (ver Juan Carlos Cabana García, "La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil", Ed. Trivium, Madrid, 1992, p. 168 y ss.)"³⁵³.

Como tuve ocasión de demostrar en los desarrollos precedentes, en Argentina y en el mundo, la flexibilización de las reglas rígidas de distribución del onus probandi se produjo generalmente *praeter legem* (o sea al margen de la ley lo que no significa que sea "contra legem"), mediante *decisiones jurisprudenciales* de los más Altos Tribunales que acudieron, para ello, a *principios y garantías constitucionales*.

También se recordó que, en Argentina, el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Santiago del Estero *recomendó la consagración legislativa* de la teoría de las cargas probatorias dinámicas pero, mientras tanto, la consideró *aplicable* por ser, reitero, "*doctrina recibida*".

Sin perjuicio de lo expuesto, como parece ser natural en ésta área, la *evolución científica* del derecho necesita ser cristalizada -en los debidos momentos históricos- en el *ordenamiento jurídico*.

Ello así, veamos lo sucedido en el país y en el mundo.

13.2. En Argentina

13.2.1. Códigos Vigentes

1. La Pampa

El moderno Código Procesal Civil y Comercial de esa provincia (2000), consagra la teoría en su artículo 360.

Artículo 360°.- CARGA DE LA PRUEBA.- 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 tengan el deber de conocer.

³⁵³ MORELLO, Augusto Mario; "Carga de probar: dos puntos clave", J.A. boletín del 12.2.1997.

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.

La distribución de la carga de la prueba no obstará a *la iniciativa probatoria del tribunal* ni a la *apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración* debida, conforme al artículo 368.

Sin perjuicio de ello, *tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones* de arrimar a conocimiento del tribunal, el *esclarecimiento de los mismos*.

2. Formosa

Lo mismo ocurre con el también reciente Código Procesal Civil y Comercial de Formosa (2003)

Artículo 374.- CARGA DE LA PRUEBA.- 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 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.

Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán *al deber de colaboración de las partes*, si, por razón de *la habitualidad, especialización u otras condiciones*, la atención de la carga *ha de entenderse* que es *a la parte contraria* a quien corresponde *según las particularidades del caso*.

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.

3. Corrientes

En idéntica situación el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes (2000)

Artículo 377. CARGA DE LA PRUEBA. 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.

Las directivas contenidas en esta norma *se adecuaran al deber de colaboración de las partes*, si, por *razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones*, la atención de la carga *ha de entenderse* que es *a la parte contraria* a quien corresponde *según las particulares del caso*.

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.

4. Tierra del Fuego

El ya no tan moderno Código Procesal Civil, Comercial, Laboral y Minero (1994) también contempla la especie.

Artículo 375.- Carga de la prueba.

375.1. 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.

375.2. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal *ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.*

13.2.2. Códigos Propuestos

1. Proyecto de Reforma al art. 377 del C.P.C.C. Nacional

Fuente: <http://www1.hcdn.gov.ar/>

Período 122

23/03/2004 - (TP 17) 1041-D-04

1041-D-04

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º – Sustitúyese el **artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 377: 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 las *circunstancias especiales del caso* lo justifican, el juez puede *distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia*, ponderando *cuál de las partes está en mejor situación para aportarla*. Esta resolución deberá dictarse con anterioridad a la audiencia prevista en el artículo 360 de este Código y notificarse personalmente para que en el plazo de cinco días ofrezcan las probanzas pertinentes.

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.

Art. 2º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

María del Carmen Falbo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

La finalidad de este proyecto no es otra que la de receptar legislativamente el principio de las cargas probatorias dinámicas que ya ha sido receptado por la **doctrina**, la **jurisprudencia** e **iniciativas de este Congreso**.

Dentro de la categoría más amplia de cargas procesales, la carga de la prueba aparece como el imperativo que pesa sobre cada litigante de proporcionar con su iniciativa y actividad la prueba de los hechos controvertidos.

Desde antiguo se vienen formulando distintas reglas para determinar sobre quién recae el onus probandi. Con esa finalidad, se ha sostenido que la carga probatoria le corresponde:

- a) Al actor, al que afirma o a quien se excepciona.
- b) Que depende de los hechos según sean constitutivos o extintivos, normales o anormales, o que se trate de hechos que pretenden innovar en la posición de su adversario.
- c) Que recae en quien alega los presupuestos fácticos de las normas jurídicas.
- d) Que se distribuye según las posiciones de las partes respecto del efecto jurídico perseguido.
- e) Finalmente, que recae en el actor o demandado, según el principio de las cargas probatorias dinámicas o de la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad (confrontar **Gozaíni**, Osvaldo A., Derecho procesal civil, tomo I, volumen 2, página 602; **Arazi**, Roland., La prueba en el proceso civil, Editorial La Rocca, 1986, página 73).

La **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**, en la causa “**Acosta**” (“J.A.”, 1993- 66), reeptó la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual el peso de la prueba se adjudica *a quien está en mejores condiciones de aportarla –fácticas, técnicas, económicas, jurídicas–*, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el cumplimiento del deber de cooperación en el esclarecimiento de la verdad.

Empero, se torna necesario que las partes *conozcan cualquier modificación al principio general al inicio del litigio* y no luego del dictado de la sentencia.

Para que el juez meritúe que una de las partes o litigantes omitió acreditar *que obró con diligencia, o sin culpa*, pese a encontrarse en mejores condiciones probatorias que la contraparte, *debió inexorablemente expedirse sobre la cuestión en forma previa a la etapa probatoria, de manera tal de generar la carga de acreditar determinados hechos a una de las partes.*

De lo contrario, se estaría vulnerando el *derecho de defensa*, puesto que los sujetos procesales serían pasibles de consecuencias jurídicas, *sin habérseles advertido cuál debía ser su comportamiento en el proceso.*

En síntesis, se flexibiliza la recepción del principio de las cargas probatorias dinámicas, toda vez que será en definitiva el juez quien deberá determinarlo atendiendo a las particularidades del proceso y en una etapa que permita a los justiciables articular los medios probatorios a su alcance.

Este ha sido, por otra parte, el criterio plasmado en *el artículo 1.589 del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial consensuado* por los integrantes de la Comisión de Legislación General de esta Cámara, en el que intervinieron y participaron *numerosos autores de reconocida trayectoria.*

Por lo expuesto, solicito a mis pares me acompañen en la aprobación de este proyecto. **María del Carmen Falbo.**

2. Anteproyecto de C.P.C.C. para la Nación Argentina (Morello, Arazi, Eisner Y Kaminker) 1993

Art. 367 - Carga de la prueba. Deberes del juez – 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 e invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez deberá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

En los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales de orden penal, para el esclarecimiento y averiguación de los hechos en el sumario del proceso penal, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal.

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 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 tribunal*, ni a la *apreciación, conforme con las reglas de sana crítica, de las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida*.

El juez o tribunal indicarán, concretamente, cuáles medios de prueba relevantes o de significación fundan principalmente su decisión.

A falta de reglas generales expresas, el juez o tribunal, aplicarán las de la experiencia común extraídas 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.

Art. 365 (contenido de **la Audiencia Preliminar**):

En la audiencia preliminar, el Tribunal deberá ... 3) ... En los supuestos excepcionales previstos en el art. 367 párrafo 5 *si el juez considerare que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes, así lo hará saber*. En tal caso, *suspenderá la audiencia y las partes dentro del quinto día podrán ampliar el ofrecimiento de pruebas*. Reanudada la audiencia el Juez procederá en el modo previsto en este inciso ...

3. Anteproyecto de C.P.C.C. para La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Morello, Arazi, Kaminker) 1997

Art. 361 - Carga de la prueba. Deberes del juez - 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 e invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez deberá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

En los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal.

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 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 tribunal*, ni a la *apreciación, conforme con las reglas de sana crítica, de las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida*.

El juez o tribunal indicarán, concretamente, cuáles medios de prueba relevantes o de significación fundan principalmente su decisión.

A falta de reglas generales expresas, el juez o tribunal, aplicarán las de la experiencia común extraídas 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.

Art. 359 - Contenido - En la audiencia preliminar, el tribunal deberá:

1) Intentar la conciliación respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

2) Pronunciar sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso y resolver, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito.

3) Fijar definitivamente el objeto del proceso y de la prueba; pronunciarse sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes.

En los supuestos excepcionales previstos por el *artículo 361, párrafo cuarto si el juez considerare que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes así lo hará saber*.

En tal caso, suspenderá la audiencia y las partes dentro del quinto día podrán ampliar el ofrecimiento de pruebas.

Reanudada la audiencia el juez procederá en el modo previsto en este inciso.

4) Si de lo actuado surgiere que la situación procesal es la del artículo 354, inciso 1º, el juez procederá en la forma allí establecida.

5) Ordenar la producción de las pruebas que correspondan.

6) Fijar la audiencia para la 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.

4. Anteproyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Buenos Aires (Morello, Arazi, Kaminker) 1998

Art. 361 - Carga de la prueba. Deberes del juez - 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 e invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez deberá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

En los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal.

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 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 tribunal***, ni a la ***apreciación, conforme con las reglas de sana crítica, de las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida.***

El juez o tribunal indicarán, concretamente, cuáles medios de prueba relevantes o de significación fundan principalmente su decisión. A falta de reglas generales expresas, el juez o tribunal, aplicarán las de la experiencia común extraídas 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.

Art. 359 - Contenido - En la audiencia preliminar, el tribunal deberá:

1) Intentar la conciliación respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

2) Pronunciar sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso y resolver, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito.

3) Fijar definitivamente el objeto del proceso y de la prueba; pronunciarse sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes.

En los supuestos excepcionales previstos por el ***artículo 361, párrafo cuarto si el juez considerare que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes así lo hará saber.***

En tal caso, suspenderá la audiencia y las partes dentro del quinto día podrán ampliar el ofrecimiento de pruebas.

Reanudada la audiencia el juez procederá en el modo previsto en este inciso.

4) Si de lo actuado surgiere que la situación procesal es la del artículo 354, inciso 1º, el juez procederá en la forma allí establecida.

5) Ordenar la producción de las pruebas que correspondan.

6) Fijar la audiencia para la 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.

5. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Mendoza (Kemelmajer y Poder Judicial)

Artículo 198° - CARGA DE LA PRUEBA - Cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción

Es carga procesal de cada litigante instar la producción de las medidas de prueba que hubiese ofrecido, la que puede ser instada también por los demás litigantes o por el Tribunal. El Tribunal debe obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa.

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el Tribunal debe investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

Según *las particularidades del caso*, el Tribunal puede *adecuar estas reglas* exigiendo un mayor *deber de colaboración de las partes*, cuando éstas se encuentren *en una situación más favorable* para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos *en razón de la habitualidad, especialización u otras circunstancias*.

6. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Chubut (2006-2007)

Art. 363 -Carga de la prueba. Deberes del juez.-

Cada una de las partes tendrá la carga de probar los hechos que sean presupuesto para la aplicación de la norma o normas que en definitiva resulten determinantes para la decisión 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.

En los casos en que el interés comprometido lo requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal.

Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia en *el deber de colaboración de las partes* cuando una de éstas, *por razón de habitualidad, especialización u otros motivos* y *según las particularidades del caso*, se encuentre *en mejores condiciones* de aportar las evidencias tendientes a esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos.

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

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.

Art. 361-Contenido.-

En la *audiencia preliminar*, el tribunal deberá:

1) Intentar la conciliación respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

2) Pronunciar sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso y resolver, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito.

3) Fijar definitivamente el objeto del proceso y de la prueba.

En los supuestos excepcionales previstos por el *artículo 363 párrafo cuarto si el juez considerare que existen especiales exigencias probatorias* para alguna de las partes así lo hará saber, *sin que ello importe prejuzgamiento*.

En tal caso se suspenderá la audiencia y las partes dentro del quinto día ***podrán ampliar el ofrecimiento de pruebas***.

Reanudada la audiencia, el juez procederá en el modo previsto en el inciso 5.

4) Si de lo actuado surgiere que la situación procesal es al del artículo 357, primer párrafo, el juez procederá en la forma allí establecida.

5) Pronunciarse sobre los medios de prueba ofrecido por las partes, ordenando la producción de los que correspondan.

6) Fijar la audiencia para la vista de la causa, la que deberá ser designada para dentro de los cuarenta días, y disponer que en ella se reciban todas las pruebas que no se hubiesen producido o no hubiesen sido practicadas con anterioridad.

7. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia De Santa Fe (2007)

ARTICULO 145. Si hubieren hechos controvertidos o de demostración necesaria, se abrirá la causa a prueba. Contra el auto que la deniegue, procederán los recursos de reposición y apelación en subsidio. El término de prueba será común. La prueba deberá recaer sobre los hechos contradichos o afirmados en el proceso. El juez no podrá pronunciarse antes de la sentencia sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada. Pero será desechada la que sea notoriamente improcedente o prohibida por la ley.

Cada parte deberá probar los presupuestos de hecho de la posición que sustenta en el supuesto que fuera controvertida. En la oportunidad de resolver, el juez podrá adecuar excepcionalmente la distribución del esfuerzo probatorio derivado de esta regla cuando la materia litigiosa de que se trate determine que una de las partes se encuentra en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir cierta prueba. La falta de prueba acerca de la ley extranjera invocada, no impide que el juez verifique su existencia y proceda a su aplicación al caso.

Todo el material probatorio producido y que se juzgue conducente y relevante, será valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica. Los jueces sólo tienen en deber de ponderar las pruebas que consideren esenciales para dirimir la causa.

Explicación (según la Exposición de Motivos de la Comisión): Se han incorporado a este artículo las directivas fundamentales en materia de distribución del *onus probandi*. Se suple así un vacío legal inusual en el panorama legislativo procesal civil nacional.

Se ha preferido seguir los lineamientos habituales en esta materia. Sin embargo, debemos poner de resalto que en ciertas ocasiones resulta menester apartarse de la directiva general. Ello sucede cuando resulta procedente la aplicación de lo que se ha dado en llamar “doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. Ella ya ha tenido

cabida en varios códigos procesales civiles locales (art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa, art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes) y extranjeros (art. 217 inc. 6 de la Ley de Enjuiciamiento española y art. 139 del Código General del Proceso de Uruguay).

Además, a partir de **la causa “Pinheiro”** la referida doctrina ha recibido el respaldo de la jurisprudencia de **la Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Ella viene a introducir un beneficioso factor de flexibilidad —de **aplicación excepcional**, eso sí— respecto de las reglas distributivas de la carga de la prueba.

La norma proyectada extiende a todo el material probatorio producido —siempre que sea conducente y relevante para la decisión de la causa— el deber de los magistrados de valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica. Se subraya que en la actualidad, el codificador ha contemplado la aplicación de dichas reglas únicamente para la prueba de testigos (art. 224) y para las presunciones (art. 226). Lo apuntado provoca que los jueces deban formular interpretaciones pretorianas, con el objeto de extender el campo de acción de las reglas de la sana crítica.

Asimismo, se ha incorporado expresamente —siguiendo así lo dispuesto por otros códigos y por la práctica judicial local— la posibilidad judicial de “seleccionar prueba”, descartando la que no tenga relación con lo discutido o la que aún teniéndola no fuere definitiva para la suerte de la causa. (PEYRANO)

Fuente: En materia de cargas probatorias dinámicas y de reglas de distribución de cargas de la prueba: art. 139 del Código General del Proceso de Uruguay, art. 360 del Código Procesal Civil de La Pampa, art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes (ley 14/2000), art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 217 inc. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente, art. 365 inc. 3 del Anteproyecto Morello, Kaminker, Arazi y Eisner del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En materia de reglas de la sana crítica y de selección de pruebas a valorar: art. 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 16 del Código Procesal Civil de Jujuy, art. 376 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minería de la Provincia de Tierra del Fuego, art. 386 del Anteproyecto Morello, Kaminker, Arazi y Eisner de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

13.2.3. Otras Leyes Argentinas (vigentes)

1. Ley de Defensa del Consumidor (22.240)

CAPITULO IX

De los términos abusivos y cláusulas ineficaces

Artículo 37: INTERPRETACIÓN: Sin perjuicios de la validez del contrato, *se tendrán por no convenidas:*

(a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

(b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

(c) ***las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.***

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

2. Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (San Juan, 2006)

El modernísimo “Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de San Juan”, consagra expresamente la doctrina que nos convoca, de la siguiente manera:

“ARTICULO 31.- Pruebas- Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo. La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio”

13.2.4. Otros Proyectos

1. Código Civil y Comercial Unificado 1998 (sigue al Proyecto de 1993)

En los últimos años tres proyectos de reformas han propuesto llevar adelante en Argentina la unificación de la legislación civil y comercial, a partir del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación (año 1987), que fue preparado por una Comisión Honoraria que integraron los doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Isabel Piaggi; el Senado Nacional sometió el trabajo al análisis de una Comisión Técnica Jurídica, que presidió el doctor Luis Moisset de Espanés, a quien acompañaron los doctores José L. García Castrillón, Fernando J. López de Zavalía, Luis Niel Puig, Juan Carlos Palmero, Juan F. Ravignani, José D. Ray, Adolfo M. Rodríguez Saa, Mario C. Russomanno, Carlos Suárez Anzorena, Ernesto C. Wayar y Eduardo A. Zannoni. La denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación elaboró, a su vez, otro proyecto de unificación, que fue sancionado el 3 de noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado; la Comisión Honoraria redactora fue integrada por los doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitía, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe,

Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor E. Solari, Félix Alberto Trigo Represas y Ernesto C. Wayar. Un tercer proyecto, con idéntica finalidad, fue preparado a instancias del Poder Ejecutivo Nacional por una Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92, cuyo texto fue remitido al Senado de la Nación, y publicado en el Diario de Asuntos Entrados del 13 de agosto de 1993; la Comisión Honoraria redactora estuvo compuesta por los doctores Augusto C. Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

A su vez, el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 encargó a la Comisión Honoraria que integramos los suscriptos "el estudio de las que reformas que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal", a cuyo fin nos encargó "proyectar la unificación del Derecho Privado" y "su reforma y actualización, de manera integral", en consonancia con los dos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial de 1993; así como incorporar "las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país"; atendiendo a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, y a los Tratados con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional), en cuanto contienen "disposiciones relativas a materias de los Derechos civil y comercial". Así lo hemos hecho.

En su exposición de motivos, los proyectistas dicen “**48.** Un Capítulo aparte merece el tratamiento de la lesión, que si bien aparece en principio como un vicio propio de los contratos, se conserva en el tratamiento general de los actos jurídicos siguiendo en ello el criterio de la reforma de 1968, y atendiendo a que cierta doctrina considera posible su aplicación en actos no contractuales. Se ha ampliado considerablemente la enunciación de los estados subjetivos de la víctima del acto lesivo, pues se alude ahora a la avanzada edad, al sometimiento del sujeto al poder del beneficiario del acto lesivo, a la condición social, económica o cultural, con lo cual se traen criterios que provienen de la experiencia del derecho de los Estados Unidos de América, pero que no son extraños al nuestro, desde que en alguno de los casos señeros, se tuvo en consideración que las víctimas eran *gente paisana y de escasa ilustración*. Por lo demás, la conducta del victimario no se reduce a la explotación, sino que se amplía a la actuación por sorpresa. En materia de prueba, se aclara el régimen, atribuyendo a la víctima la carga de probar su estado subjetivo de inferioridad; en esto se sigue, como a lo largo de todo el Proyecto, *el criterio de atribuir la prueba a quien está en mejor condición de proveerla*”

Firmado: **Héctor Alegría - Atilio Aníbal Alterini - Jorge Horacio Alterini - María Josefa Méndez Costa - Julio César Rivera - Horacio Roitman.**

ARTÍCULO 827.- Pago a mejor fortuna. Si el deudor está autorizado a pagar a mejor fortuna, o cuando pueda, o tenga medios para hacerlo, se aplican las reglas del plazo indeterminado. Sin embargo:

a) *Ante un reclamo del acreedor, el deudor tiene la carga de probar que sus circunstancias patrimoniales no han mejorado como para poder pagar.*

b) *El acreedor tiene derecho a requerir que se fije la fecha de cumplimiento para pagos parciales.*

El beneficio se extingue con la muerte del deudor, momento en el cual la obligación se hace exigible.

SECCIÓN SEGUNDA. Prueba del pago.

ARTÍCULO 829.- Carga de la prueba. En las obligaciones de dar y de hacer, la prueba del pago incumbe a quien lo invoca. En las obligaciones de no hacer, si el acreedor alega el incumplimiento del deudor, le incumbe demostrarlo.

Cuando las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba del pago ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla.

SECCIÓN SEXTA. Prueba.

ARTÍCULO 1618.- Prueba del daño. La carga de la prueba del daño corresponde a quien lo alega, salvo:

a) Que la ley lo impute o lo presuma.

b) Que, conforme a las reglas de la experiencia, su existencia sea presumible.

ARTÍCULO 1619.- Prueba de los factores de atribución. Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega.

Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla.

ARTÍCULO 1620.- Prueba de la relación causal. La carga de la prueba de la relación causal corresponde a quien la alega, salvo:

a) Que la ley la impute o la presuma.

b) Que, conforme a las reglas de la experiencia, su existencia sea presumible.

La carga de la prueba de la causa ajena corresponde a quien la alega.

2. Proyecto de Ley Nacional de Amparo (2005)

Expte N° 3008-D-04.-

Expte N° 3511-D-04.-

Expte N° 5447-D-04.-

Expte N° 6797-D-04.-

Expte N° 6934-D-04.-

Expte N° 0906-D-05.-

Expte N° 1025-D-05.-

Expte N° 1435-D-05.-

DICTAMEN DE LAS COMISIONES

Honorable Cámara:

Las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia han considerado los **proyectos de ley de los Señores diputados** Sotos y Sosa; **Vanossi**; Ferri; Pérez Martínez; Olmos y Pinto Bruchmann ; Romero y Otros; Baladrón; y Rodríguez y Otros referidos a “Régimen de Acción de Amparo”; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

Sala de las Comisiones, de **septiembre de 2005.-**

Artículo 17. Apertura a prueba. Si el Juez considerase necesaria, pertinente y útil la prueba ofrecida por las partes, abrirá el proceso a prueba debiendo sustanciarse la misma dentro del plazo de cinco (5) días, o en el plazo mayor que fundadamente determine.

Si las *circunstancias especiales del caso* lo justifican, el juez *puede imponer o distribuir la carga de la prueba*, ponderando *cual de las partes está en mejor situación para aportarla*. Esta resolución *debe dictarse en el mismo auto que ordena la producción de la prueba*.

Puede, asimismo, disponer las *medidas para mejor proveer* que crea convenientes.

13.3. En Latinoamérica

1. Brasil

CÓDIGO DO PROCESO CIVIL

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. *É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova* quando:

I - recair sobre *direito indisponível* da parte;

II - *tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*.

Este artículo tiene base en lo dispuesto sobre carga de la prueba en **los artículos 2697 y 2698 del C.C.Italiano (ver infra)**.

2. Uruguay

Código General del Proceso (1989)

Artículo 139. Carga de la prueba

139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

139.2 *La distribución de la carga de la prueba* no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme *con las reglas de la sana crítica*, de *las omisiones o deficiencias de la prueba*.

3. Paraguay

Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil

Artículo 116.- (*Cooperación en la prueba*. Carga de la prueba).

116.1. Todos los litigantes y el juez o tribunal *deben cooperar lealmente* en el esclarecimiento de los hechos controvertidos y relevantes, procurando arribar, en lo posible, a la verdad objetiva.

116.2. *Si pese al esfuerzo probatorio*, aquellos hechos no fueren esclarecidos, en todo o en parte, el litigio *podrá ser resuelto según el siguiente principio, de la carga de la prueba.*

116.3. *Cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto fáctico de la norma o normas aplicables a su pretensión, defensa o excepción.*

116.4. *La negativa de una parte a aportar alguna probanza que estuviere en su disponibilidad*, constituirá *una presunción simple* contra su posición en el litigio.

4. Colombia

Proyecto de Nuevo Código General Del Proceso³⁵⁴

Artículo 164. —Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar *el supuesto de hecho* de las normas que consagran *el efecto jurídico* que ellas persiguen.

No obstante, *cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos.*

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

5. Guatemala

El Proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial (que proyecto forma parte del Programa de Modernización del Organismo Judicial de Guatemala) contempla la siguiente norma:

“Artículo 148. Carga de la prueba.

148.1 Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario ha de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

148.2 *La distribución de la carga de la prueba no obstará a la apreciación*, conforme a las *reglas de la sana crítica*, de las *omisiones o deficiencias en la producción de la prueba.*

148.3 Para la aplicación de lo dispuesto en los numerales anteriores el tribunal deberá tener presente la *disponibilidad y facilidad probatoria* que *corresponda a cada una de las partes del litigio.*

Artículo 149. Iniciativa probatoria del tribunal.

El tribunal tendrá iniciativa probatoria respecto de los hechos invocados y controvertidos por las partes.

Artículo 150. Valoración de la prueba.

150.1 Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

150.2 El tribunal indicará concretamente, en qué medios de prueba funda principalmente su decisión

³⁵⁴ Artículo 164 aprobado en la sesión del 28.4.2004, Acta N° 28, por la Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso (participaron de esa sesión, los Dres. Jairo PARRA QUIJANO, Asistieron los Doctores Marco Antonio ÁLVAREZ GÓMEZ, Jairo PARRA QUIJANO, Pablo Felipe ROBLEDO DEL CASTILLO, Miguel Enrique ROJAS GÓMEZ y Marcel Silva ROMERO –miembros titulares- y, además, estuvieron presentes, los Dres. Carlos Bernardo MEDINA TORRES, Eurípides De Jesús CUEVAS y María Julia FIGUEREDO VIVAS).

150.3 A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, para los efectos del proceso, de otro hecho. La presunción judicial debe ser consecuencia directa, precisa y lógicamente deducida de un hecho comprobado; debe ser grave y concordar con las demás pruebas rendidas en el proceso.

Artículo 151. Producción de la prueba y *deber de colaboración* en su práctica.

a) Todas las pruebas deben ser producidas en audiencia y conforme con lo que se disponga para cada proceso en particular, salvo disposición especial en contrario.

b) Los terceros y las partes tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva y adecuada realización de los medios de prueba”.

6. Perú

El Código Procesal Civil y Comercial de Perú (1993) contiene una norma afín a las ideas que se vienen exponiendo.

“Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.-

El Juez puede extraer *conclusiones en contra de los intereses de las partes* atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en *la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios*, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”.

7. Costa Rica

El Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil de aquél país, en su artículo 41, luego de reflejar la regla clásica de distribución de la carga de la prueba, contempla el siguiente párrafo:

“Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo se deberá tener presente *la disponibilidad y facilidad probatoria* que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con *la naturaleza de lo debatido*”.

8. Chile

Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil (2007)³⁵⁵.

³⁵⁵ “El anteproyecto de Código Procesal Civil reconoce la existencia de un trabajo previo por parte de diversos académicos, magistrados y funcionarios del Ministerio de Justicia. En el texto de este anteproyecto se han tratado de recoger los principios contenidos en las Bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile, elaboradas por el Departamento de Derecho Procesal de esta Facultad, y en el informe de Reforma a la Justicia Civil, elaborado por el Foro Procesal Civil. La comisión para la elaboración de las Bases estuvo integrada por los académicos de esta Facultad Juan Agustín FIGUEROA, Raúl TAVOLARI, Davor HARASIC, Juan Carlos MARÍN, Raúl NÚÑEZ y quien les habla por esta Facultad y por los abogados asesores del Ministerio de Justicia señores Rodrigo ROMO y Rodrigo ZÚÑIGA, sin perjuicio de la valiosa actuación como secretarios de los académicos señores Matías INSUNZA y Cristóbal JIMENO. El Foro Procesal Civil se encuentra integrado por los académicos de esta Facultad, señores Juan Agustín FIGUEROA, Raúl TAVOLARI, Raúl NÚÑEZ, y quien les habla; Orlando POBLETE y Alejandro ROMERO, de la Universidad de Los Andes; Jorge VIAL, José Pedro SILVA y Juan Pablo DOMÍNGUEZ, de la Universidad Católica de Chile, Nancy DE LA FUENTE HERNÁNDEZ, Claudio DÍAZ y Eduardo JARA de la Universidad Diego Portales, Miguel OTERO del Instituto Chileno de Derecho Procesal, las señoras juezas civiles doña Dora MONDACA y

ARTÍCULO 14°.- CARGA DE LA PRUEBA Y PROSCRIPCIÓN DE LA ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA.

La determinación por partes del tribunal de la existencia de hechos que deban considerarse dudosos y que sean relevantes para la adopción de una decisión no le eximirá de la obligación de dictar sentencia dentro del plazo legal.

Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la partes cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo cual deberá comunicar a la partes con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba en la audiencia de juicio que disponga en su poder.

13.4. En Iberoamérica

1. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004)

Relatores: Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe y Antonio Gidi

Comisión de Revisión: Aluisio G. de Castro Mendes; Angel Landoni Sosa; Anibal Quiroga Leon; Enrique M. Falcon; Jose Luis Vazquez Sotelo; Ramiro Bejarano Guzmán (voto de abstención); Roberto Berizonce; Sergio Artavia

(Aprobado en Caracas el 28 de Octubre de 2004)

“Art. 11. Audiencia preliminar.— Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados para transigir.

Par. 1°. El juez oír a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero.

Par. 2°. La evaluación neutral de tercero, obtenida dentro del plazo fijado por el juez, será reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.

Par. 3°. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación.

Claudia LAZEN, del Instituto de Estudios Judiciales, y los abogados asesores don Rodrigo ROMO y Rodrigo ZÚÑIGA, del Ministerio de Justicia. Como Coordinador actuó don Orlando POBLETE, como Secretario Ejecutivo, don Rodrigo ZÚÑIGA, y Secretarios de Actas Matías INSUNZA y Cristóbal JIMENO, académicos de la Universidad de Chile. Además se contó con la participación de diversos académicos foráneos que nos relataron las diversas experiencias que se han tenido en el extranjero ...” (de la Presentación del Proyecto, a cargo del Director Departamento de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Chile, Dr. Cristian Maturana MIQUEL, Santiago de Chile, 19 de diciembre de 2006.).

Par. 4º. Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial.

Par. 5º. Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo, no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada:

I – decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva;

II – podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso;

III – fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, y convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso.

IV - esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del art. 12”.

“**Art. 12. Pruebas.-** Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

Par.1º - La *carga de la prueba* incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de *orden económico o técnico*, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez *impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito*, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Par. 2º - *Durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa*, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando *las garantías del contradictorio* en relación a la parte contraria.

Par. 3º - El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio”.

2. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988)

“*Art. 129. (Carga de la prueba).*

Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impositivos o extintivos de aquella pretensión. *La distribución de la carga de la prueba* no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal *ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica*, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba”.

13.5. En Europa

1. España

Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (empezó a regir en enero de 2001)

“Novedad de esta Ley son también las normas que, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina más autorizadas, expresan **reglas atinentes al contenido de la sentencia**. Así, los preceptos relativos a la regla «iuxta allegata et probata», a **la carga de la prueba**, a la congruencia y a la cosa juzgada material. Importantes resultan también las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible, y sobre las condenas de futuro. En cuanto **a la carga de la prueba, la Ley supera los términos**, en sí mismos poco significativos, del único precepto legal hasta ahora existente con carácter de norma general, **y acoge conceptos ya concretados con carácter pacífico en la Jurisprudencia**. Las *normas de carga de la prueba*, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen *reglas de decisiva orientación* para la actividad de las partes. Y son, asimismo, **reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico**, cuando no se trate de casos en que, **por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos**. Por todo esto, ha de considerarse de importancia este esfuerzo legislativo” (de la exposición de motivos).

“Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo **la carga de probar la certeza de los hechos** de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, **el efecto jurídico** correspondiente a *las pretensiones de la demanda y de la reconvenición*.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de **probar los hechos** que, conforme a las **normas que les sean aplicables**, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. **En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado** la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en **actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado** probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

[Este apartado ha sido añadido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)]

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán *siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales* la carga de probar los hechos relevantes.

[Este apartado pasa a ser el apartado 6 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres** (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)].

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo *el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*.

[Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres** (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)]”.

2. Francia

Nuevo C.P.C. según la modificación operada por Decreto 2003-542 del 23/06/03 (JO 25/06/03))

“Título I

Disposiciones preliminares

Capítulo I

Los principios rectores del proceso

Sección IV: La prueba

Artículo 9

Las partes tienen la carga de probar conforme a la ley los hechos necesarios para la estimación de sus pretensiones.

Artículo 10

El tribunal podrá acordar de oficio la práctica de todos los actos de prueba que resulten legalmente admisibles.

Artículo 11

Las partes tienen *la obligación de colaborar* en la práctica de las pruebas; el tribunal operará las *consecuencias oportunas* en caso de que se abstengan o rechacen hacerlo.

Si *una parte tuviera en su poder un elemento de prueba*, el tribunal, a petición de la parte contraria, podrá requerirle para que lo aporte, bajo apercibimiento de multas coercitivas. El tribunal también podrá, a petición de una de las partes, solicitar u ordenar, bajo idéntico apercibimiento, la aportación de todos aquellos documentos que estuvieran en poder de un tercero, si no existe impedimento legítimo.

Sección VI: La contradicción

Artículo 15

Cada una de las partes debe poner en conocimiento de la contraria, con antelación suficiente, los elementos de hecho en que funde sus pretensiones, las pruebas que aporta y los fundamentos de derecho invocados, a fin de que cada una esté en condiciones de organizar su defensa”.

3. Italia

“Art. 2697 **Onere della prova**

Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (Cod. Proc. Civ. 115).

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Art. 2698 Patti relativi all'onere della prova

Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o **quando l'inversione o la modificazione** (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti **eccessivamente difficile l'esercizio del diritto**".

4. Portugal

Código Procesal Civil De Portugal (2003)

“ARTIGO 516.º

(Princípio a observar em casos de dúvida)

A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova *resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita*".

III. Cierre

Dentro del amplio cauce del Derecho Probatorio, luce con singular esplendor el fenómeno del *desplazamiento de las cargas probatorias*.

Como se sabe, éste se abastece de múltiples *técnicas* (v.gr. presunciones legales, presunciones hominis, inversión legal o jurisprudencial del onus probandi, reducción de los estándares o módulos de prueba, etc.).

Entre ellas, luce de manera singular la llamada “*teoría de las cargas probatorias dinámicas*” que, si bien con *antecedentes históricos* -que revelan la preocupación de los cultores tradicionales de la disciplina por elaborar soluciones a los eventuales resultados disvaliosos a que se arribaba en algunos casos excepcionales con la aplicación rígida de las reglas legales de atribución de la incertidumbre probatoria-, reconoce -en Argentina- una *elaboración científica* acabada que debemos a los esfuerzos que lideran Jorge W. Peyrano y Augusto Mario Morello (a los que siguen las decenas de renombrados doctrinarios que hemos citado en esta monografía).

Y ello, en lugar de ser objeto de ataques o de avergonzarnos, debe enorgullecernos.

No son muchas las ocasiones en que la *ciencia jurídica argentina* (en este caso la procesal) ha podido brindar al mundo *un producto genuino* para solucionar los males que aquejan al *proceso civil actual*.

Otras culturas, en ese sentido, han tenido mayor fortuna (por caso, los italianos, alemanes, franceses, ingleses, españoles y, hasta, nuestros hermanos brasileros y uruguayos), más allá de que los legisladores de esos ámbitos hayan promulgado o no las soluciones que allí propugnaran la doctrina o la jurisprudencia.

Finalmente, tengo el deseo que este aporte personal -que, como anticipé, poco mérito puede tener, a no ser la sistematización de las fuentes de conocimiento disponible- sirva para acallar -o al menos para que se esfuercen en sus argumentaciones-

a algunas aisladas *voces críticas*³⁵⁶ que, imbuidas de una *ideología* que no compartimos, reproducen *argumentaciones perimidas e insustanciales*³⁵⁷ que en nada ayudan al continuo avance que la ciencia del Derecho Procesal tuvo en los últimos 100 años.

³⁵⁶ A los que Peyrano tilda de “*teóricos incapaces de percibir que las cosas han cambiado*” (PEYRANO, Jorge W.; “Otra entronización legal de las cargas probatorias dinámicas: el novísimo Código Procesal Civil Correntino”, E.D. 187-1525).

³⁵⁷ Coincidimos así con respetable doctrina que ha indicado que “*No obstante su apariencia, críticas de esa clase son -a mi juicio- sustancialmente infundadas, y sólo puedan alzarse con éxito frente a una exposición o comprensión demasiado simplificada de las líneas doctrinarias que intentan descalificar*” (ACCIARRI, Hugo; “Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales”, L.L. 2001-B, 663 y ss.).