



**La comunicación judicial previa como requisito
establecido en el art. 1735 del CCCN para la aplicación
de la carga dinámica de la prueba. Garantías de
igualdad ante la ley y debido proceso**

TESIS

PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO PROCESAL

Presenta: CONSTANZA PASTORI

Tutora: SILVANA MARIA CHIAPERO

Córdoba, 2019

*A mis padres, Blanca y José por enseñarme el camino
A Fede, que me elige y me acompaña a transitarlo
A mi tutora Silvana, por la disposición incondicional
A mis amigos de la carrera judicial por alimentar mi vocación y pasión por el
derecho*

“Dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o –rectius– está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa. No podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos” (Taruffo, Michele, La prueba, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 23).

INTRODUCCIÓN

La presente tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Procesal trata de dilucidar los interrogantes que plantea la comunicación anticipada del criterio judicial prevista en el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación para la aplicación de la carga dinámica de la prueba. En particular, y como objetivo general de la investigación, se precisará en qué oportunidad procesal debe el juez comunicar su criterio respecto de la distribución de la carga de la prueba y determinará si ésta comunicación viola las garantías establecidas en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional.

Con esa finalidad, preliminarmente y como parte de los objetivos específicos, se analizará el origen del instituto, las condiciones para la aplicación de la carga dinámica de la prueba y los casos jurisprudenciales en donde se haya configurado. Así también se sentarán las posiciones doctrinarias anteriores a su recepción legislativa, la necesidad y fundamentos de su previsión legal y las diferentes alternativas que surgen en respuesta a la aplicación práctica de la norma dado que la ausencia de pautas claras y previsiones procesales al respecto generan gran incertidumbre en los operadores del derecho. Tal circunstancia motiva una inminente reforma procesal orientada a contemplar ésta y numerosas novedades impuestas por la ley de fondo en los más diversos ámbitos, tendiente a dar respuesta al ágil ritmo de cambio que impone la sociedad y origina la evolución de la teoría y práctica del Derecho.

Por otro lado, y en cuanto al texto literal del art. 1735 que se enmarca en el Título 5: Otras fuentes de las obligaciones; Capítulo uno: Responsabilidad civil; Sección Tres: “Función resarcitoria” del CCCN, será necesario identificar cuáles son los elementos de la responsabilidad objeto de prueba a los que refiere el artículo y analizar su posible extensión a otros supuestos no determinados de manera expresa.

También se intentará dilucidar si la comunicación anticipada constituye una facultad judicial o una obligación de necesaria observancia impuesta al magistrado (disposición discrecional o vinculante), para luego establecer si configura un adelanto de opinión. A esos efectos habrán de sistematizarse las propuestas doctrinarias comparando los argumentos de cada una de las posturas, haciendo presente que las principales críticas de la norma apuntan a la posibilidad de sucumbir en una imparcialidad por parte del juez

quien conforme a esta facultad podría terminar favoreciendo a alguno de los contrincantes, transformándose en un asistente de la parte más débil en relación a la obtención de un determinado elemento de prueba. Así se podrán identificar cuáles son las garantías constitucionales involucradas y principios procesales afectados.

Igualmente se responderán interrogantes en relación a la forma en que los magistrados pueden hacer efectiva la comunicación en los procesos, a las consecuencias de su no aplicación verificando la factibilidad de dictar sentencias válidas en ausencia de la comunicación prevista, procurando llegar a una conclusión respecto de la utilidad de la norma y a una reformulación de los aspectos oscuros.

Se optó por este tema ya que si bien la justificación, consagración y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba está fuera de toda duda, el nuevo dispositivo que la contempla generó polémica y debate sin que hasta ahora existan conclusiones mayoritarias que logren sentar posiciones. Es que, ante la falta de regulación expresa respecto de la etapa procesal para comunicar su aplicación con el propósito de brindar a las partes la oportunidad de ofrecer y producir los “elementos de convicción que hagan a su defensa”, cada magistrado se encuentra habilitado a fijar su propio trámite, la doctrina exterioriza interpretaciones disímiles, y en el medio, el justiciable puede padecer las consecuencias disvaliosas de una situación que no se encuentra del todo clara. Es por ello que resulta imprescindible brindar pautas interpretativas que determinen el alcance de la norma procurando unificar criterios.

Asimismo, el hecho de que cada vez sea más acentuada la preponderancia – técnica, profesional, fáctica, económica- de algunos litigantes frente a otros, resalta la dificultad de éstos en el acceso a la prueba y a los medios disponibles para obtenerla. Ante la situación que se plantea, la realidad emergente demuestra que las reglas clásicas de la carga de la prueba paulatinamente se fueron disipando y la situación de excepción cada vez se impone más –carga dinámica-. Ello, amerita la formulación de lineamientos específicos respecto de la interpretación de la previsión bajo estudio, ya que de lo contrario, se acentuaría aún más la desigualdad que se pretende evitar y se afectaría la seguridad jurídica que el legislador intentó resguardar con su sanción. Más aun con el papel protagónico que el nuevo Código le asigna al juez en su carácter de director del proceso, en virtud del cual los estudiosos del derecho sostienen que estamos en “la era de

los jueces” y regidos por un “código para los jueces”. En este ámbito, las mayores facultades concedidas por la ley, en muchos casos justifica el accionar judicial en la “pertinencia” o “ponderación” lo que implica que, a veces, el rol activo sea peligroso si no se cuenta con pautas claras. A lo que se suma el auge de la oralidad y la implementación de los procesos orales por audiencias en los que el papel que asume el juez es clave -al igual que sus decisiones-, a efectos de lograr una justicia imparcial, eficiente y más ágil acorde con los tiempos modernos.

La jurisprudencia no se ha pronunciado aún acerca de si la comunicación judicial previa constituye un adelanto de opinión o viola garantías como la del juez imparcial, debido proceso, igualdad ante la ley y defensa en juicio. Tampoco la doctrina ha logrado disipar las diferencias en el abordaje del tema propuesto. De ahí la importancia de una investigación que clarifique los criterios relevantes a tener en cuenta al momento de tomar esta decisión.

Esperamos proporcionar herramientas que faciliten a los contendientes un ámbito de equidad y doten al proceso de la claridad que una justicia cercana a la gente requiere.

CAPÍTULO I:

PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA

La prueba es el “alma” de todo proceso civil dado que condiciona la reconstrucción del pasado y el hallazgo de la verdad depende de la prueba a rendirse, del acierto en su ofrecimiento y de la diligencia de las partes en su producción. En este sentido Peyrano sostiene que si la prueba ofrecida no es la adecuada, no se produce por negligencia o si la producida es deficitaria o insuficiente, el logro de la verdad resultará perjudicada¹. Si bien la teoría general de la prueba incluye como componentes de ella: el objeto sobre el cual debe recaer, los sujetos o las personas que deben proporcionarla, los medios o vías para lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso, el dato de conocimiento que se obtiene y la eficacia o valor de la prueba rendida; circunscribiremos el objeto de este capítulo al alcance de la carga de la prueba. En particular, su estudio desde una dimensión teórica y práctica y su concepción clásica y dinámica; comenzando el análisis por la doble naturaleza de la carga probatoria como regla de actividad y como criterio de valoración. Luego, acentuaremos la investigación en la creación doctrinaria y jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba que constituye el puntapié inicial de la sanción del art. 1735, CCCN, a los fines de poder evaluar la incidencia de la comunicación judicial de la aplicación de la carga dinámica de la prueba prevista en la norma.

1) “Onus probandi”. Nociones generales.

Las definiciones que pueden existir sobre la carga de la prueba son variadas, sin embargo desde el punto de vista de la actividad probatoria todas coinciden en construir el concepto desde una noción procesal que le indica a las partes la auto responsabilidad que tienen de acreditar la verdad de los hechos enunciados por ellos (carga subjetiva). La

¹ PEYRANO, Jorge W. “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”. LA LEY 25/02/2011, 25/02/2011, 1.

prueba judicial es de una trascendencia enorme puesto que nada sacamos con pretender el reconocimiento de un derecho si no estamos en condiciones de acreditar la existencia de la circunstancia fáctica que le sirve de fundamento. De ahí que se afirma que la carga de la prueba se erige como una carga procesal: no es una obligación ni un deber sino el imperativo del propio interés. Como tal, su cumplimiento de orden facultativo puede traducirse en una ventaja o -por lo menos- en evitarse una desventaja procesal ya que, en el caso de no realizarse un despliegue correcto de la actividad probatoria se podría obtener una decisión adversa. De ahí también, dada la consecuencia gravosa, la importancia de las normas que regulan la prueba en juicio.

Por otro lado, considerada como un criterio de valoración (carga objetiva), le indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentren probados tales hechos. Es decir, aparece en el supuesto en que la prueba incorporada al proceso no sea suficiente para generar un grado de certeza aceptable respecto a la probable existencia o inexistencia de los hechos alegados y, no obstante, el juez deba resolver el conflicto mediante una decisión razonablemente fundada (arg. art. 3, CCCN). De esta manera, la incertidumbre se habrá de disipar valiéndose el magistrado de las reglas de distribución de la carga de la prueba, con arreglo a las cuales no se desentrañará quién es el obligado a realizar la prueba, sino quién es el que se perjudica por la inexistencia de la misma.

En definitiva y desde las dos aristas en que se analiza la carga de la prueba, como pauta dirigida a la conducta de las partes y como directriz decisoria dirigida al juez ante la carencia de elementos probatorios suficientes, surge la doble dimensión que influye en la garantía a un debido proceso: el derecho a probar y el derecho a una correcta valoración. Ello, a su vez, permite la materialización efectiva de otros derechos como el de defensa y contradicción, integrantes también del debido proceso y sustento de una decisión judicial justa.

Cuestión no menor a tener en cuenta para dilucidar una propuesta respecto de la oportunidad procesal en que podría efectivizarse la “comunicación judicial previa”, resulta de distinguir los diferentes momentos o estadios procesales en que comienza a jugar la carga de la prueba. Según el maestro Devis Echandía, actor y demandado analizan cual es su deber probatorio inmediatamente después de abierta la causa a prueba y, para el juez, la carga de la prueba se plantea *a posteriori* recién al momento de dictar

sentencia en que analizará a quien correspondía probar y a quién debe imputarle las consecuencias gravosas que su omisión acarrea². Por ello se ha dicho que la carga de la prueba es un área que guarda íntima relación con el fracaso de la actividad probatoria, porque parte de la premisa que las hipótesis afirmadas por los contradictores no han logrado reunir elementos de prueba suficientes para considerar que se está ante una versión aceptable del hecho, pero también contempla la vía para evitar el fracaso del proceso civil todo al posibilitar que el juez se pronuncie aún en el caso en que la falta de prueba deja incierta la hipótesis planteada, determinando quién debe sufrir las consecuencias³.

Así entendida la carga de la prueba es una derivación del predominio del principio dispositivo en el proceso civil que se encuentra en vías de reformulación⁴. En tal sentido no puede soslayarse que la instauración uniforme en el país de los procesos orales por audiencias contemplan que la tarea en la producción de la prueba ya no dependa solamente de la voluntad de las partes sino también de la intervención activa e involucrada del tribunal, con quién se proyecta un plan de trabajo en conjunto a esos efectos. Como lógica consecuencia, entendemos que paulatinamente y al son del impacto de la reforma civil y comercial de la Nación y de las reformas procesales que germinan, la cuestión relativa a la carga de la prueba entendida como criterio de valoración, irá perdiendo el protagonismo que una vez tuvo puesto que ya no se presentarán con asiduidad los casos en que sea necesario arribar una solución justa al problema de la falta de prueba.

2) Reglas clásicas de la carga de la prueba.

² DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Compendio de la prueba judicial", t. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, p. 194.

³ PEYRANO, Jorge W. "La conveniencia para el proceso de la carga dinámica de la prueba". Semanario Jurídico: Número:1968 14/08/2014 Cuadernillo: 7 Tomo 110 Año 2014 – B Página: 265.

⁴ No debemos olvidar que una nota característica de los principios procesales (entendidos como líneas directrices orientadoras que establecen una determinada política procesal), es que se verifican en un ordenamiento jurídico determinado y en un momento histórico dado. Siendo ello así y en función del permanente entorno de cambio, se encuentran en constante transformación.

Diversos criterios sostenidos a lo largo del tiempo demuestran el constante esfuerzo por la doctrina en hacer equitativa la distribución de la carga de la prueba, que unas veces se encuentra legalmente regulada y otras no.

Si bien no es la intención de este trabajo explayarnos sobre el tema, no podemos dejar de señalar que la noción clásica referida a la distribución de los esfuerzos probatorios se fue transformando a medida que fue superando las deficiencias que se observaban. Inicialmente debía tenerse en cuenta la calidad del contendiente (actor o demandado) imponiéndose a cada uno que pruebe los hechos que resultaban de su interés. Al actor no sólo los constitutivos, sino también la inexistencia de hechos impeditivos o extintivos; al igual que al demandado cuando hubiere opuesto defensas o excepciones, en cuyo caso sobre él pesaba la carga de probar los hechos en que las fundaba. Ahora bien, si no oponía ninguna defensa, la prueba debía producirla el actor en su totalidad. La rigidez de esta doctrina sustentada durante mucho tiempo y haciendo pesar todo el esfuerzo probatorio sobre uno sólo de los litigantes, algún día tenía que ser abandonada.

Luego comenzó a trasladarse un mínimo de esfuerzo hacia la figura del demandado y en la medida en que en su responde afirmara un hecho, empieza asumir la carga de probarlo. Hasta la aparición de la regla en que a cada uno de los contendientes le correspondía probar los hechos alegados y afirmados por su parte y -en absoluto- los negados. Al actor que alegaba el nacimiento de un derecho le incumbía acreditar los hechos constitutivos (ej. existencia de la relación contractual), mientras que al demandado los hechos impeditivos (ej. vicio de la voluntad), modificativos (ej. prescripción) o extintivos (pago) que hubiera opuesto a los fines de contrarrestar la posición actora.

Siendo que en algunas circunstancias la teoría subjetiva mencionada -elaborada por Chivenda- no brindaba la solución correcta, se llegó a considerar que debía prescindirse de la posición de los litigantes y la naturaleza del hecho que se alegaba y que cada parte debía soportar la carga de la prueba de la existencia del presupuesto fáctico de la norma que le resulte favorable, sin cuya aplicación no debiera tener éxito su pretensión. Esa fue la idea “normativa u objetiva” elaborada por Rosenberg que encuentra

cabida en la regla general que establece el art. 377, CPCCN⁵, como así también lo prevén en similar redacción diversos códigos procesales provinciales como los de Santiago del Estero –art. 382-, La Pampa –art. 360-, Formosa –art. 374-, Corrientes –art. 377-, entre otros.

Si bien otros códigos de rito provinciales como el de Córdoba no prevén una norma particular que puntualmente se refiera al tópico⁶, ya la jurisprudencia se había enrolado en la postura al entender que: “*cada parte necesita probar los hechos descriptos en la norma cuya actuación invoca a su favor; correlativamente, cada uno asume el riesgo de que ante la falta de prueba, no pueda actuarse la norma que invoca a su favor. Se trata, entonces, de una necesidad práctica porque sólo alcanzará el triunfo aquel que acredite los hechos fundantes de su pretensión*”⁷. Esta es entonces la regla que –en general- resulta la columna vertebral del sistema de distribución de la carga de la prueba en nuestro sistema. Decimos “en general” porque, como siempre, hay excepciones a la regla entre las que podemos mencionar: los hechos presumidos por la ley -que invierten la carga de la prueba-, los hechos notorios o los expresamente reconocidos por la contraparte -que relevan su acreditación- y los casos de flexibilización, tal lo desarrollaremos a continuación.

3) Carga probatoria dinámica. Origen del instituto.

Como lo planteáramos al inicio, el problema de la carga de la prueba desde el aspecto objetivo –valoración- suscita ante la falta de acreditación de un extremo fáctico dirimente. En su caso, las reglas de distribución del *onus probandi* actúan como un sucedáneo de la prueba, señalando al Tribunal el hecho que debe tener por cierto perjudicando a la parte sobre la que recaía la responsabilidad de comprobación judicial.

⁵ Art. 377 CPCCN “(...) 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”.

⁶ Lo que se ha dicho obedece a una deliberada omisión toda vez que ninguna de las doctrinas escapa a fundadas objeciones (Clariá Olmedo).

⁷ Cámara 2ª en lo Civil y Comercial de Córdoba, *in re*: “Almada, Pedro Víctor c/ Altcor Estudio Inmobiliario –Abreviado (Hoy ordinario)”, Sent. N° 34, 26/04/01, *Foro de Córdoba*, Suplemento de Derecho Procesal N° 1, Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 165, sumario 31.

Desde tal óptica y con el transcurso del tiempo, la aplicación práctica de la teoría clásica de la carga de la prueba evidenció coyunturas en las que funcionaba mal o generaba resultados no deseados, disvaliosos e injustos, en casos en los que la prueba resultaba de imposible o muy difícil concreción (prueba “diabólica”). Paulatinamente, y al impulso de la doctrina procesal y de las decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la “carga dinámica de la prueba” que afloraban del propio dinamismo ínsito en el proceso dejando de lado la visión estática en la que, indefectiblemente, la responsabilidad de probar los hechos que servían de sustento a la norma cuya aplicación se reclamaba estaba inamoviblemente en cabeza de quién los alegaba. Con su aparición se conserva un sistema en el que -en principio- se sigue esta regla pero, a su vez, le otorga al juez la posibilidad de distribuir la carga de la prueba en atención a las particularidades del caso. Así, se comienza admitir que el *onus probandi* sea entonces dinámico al no encontrarse atado a principios rígidos, sino que todo dependerá de las circunstancias de la situación concreta.

Las líneas generales elaboradas por la doctrina procesal fueron recibidas con favorable acogida por la jurisprudencia –aunque no sin crítica y reticencia de algunos sectores- debido a la verificación de que, en algunos casos, constituía un exceso ritual rechazar una demanda por falta de prueba de hechos fundantes de la pretensión cuando la deficiencia o la omisión probatoria eran consecuencia de la imposibilidad de probar tales hechos para quien soportaba la carga. Ello, acontecía con frecuencia en los reclamos resarcitorios derivados de responsabilidad médica o en los juicios de simulación planteada por un tercero que no había participado del acto simulado pero sí resultaba perjudicado por el mismo. Estos tipos de procesos resultan ejemplos claros de supuestos de prueba difícil: los primeros por la naturaleza científica de lo que se debate, porque el paciente está anestesiado o dormido, o porque media lo que se ha llamado “secreto del quirófano” que tan arduo hace conocer lo acontecido durante una práctica quirúrgica. Los segundos porque generalmente no es quien afirma la simulación sino son quienes participaron en el acto impugnado, los que se encuentran en mejor posición de demostrar su sinceridad⁸.

⁸ DE LOS SANTOS, Mabel, “Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial”, La Ley 21/12/2016, cita on line AR/DOC/3752/2016.

En rigor de verdad la doctrina de la carga probatoria dinámica, que recién encuentra cabida normativa en el compendio sustancial en sus arts. 710 en el ámbito de familia y 1735 en el de la responsabilidad civil, no es una cuestión novedosa. Luego de su aparición hace ya varios años⁹ y de un arduo trabajo doctrinario y jurisprudencial en el que se elaboraron diferentes y antagónicas posturas, su consagración y aplicación ya se encontraba consolidada y varios códigos procesales provinciales la contemplaban en sus normas aún antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, lo novedoso se plantea en las diferentes interpretaciones e interrogantes que surgen de la forma en que fue legislada en el código de fondo que obligan desentrañar su verdadero sentido y alcance. Es que si bien resulta valiosa la incorporación al derecho de fondo de una norma expresa que la consagre, los requisitos de aplicación han merecido numerosos cuestionamientos. Pero no nos adelantaremos sin antes clarificar otros conceptos.

3.1) Condiciones de aplicación. Fundamento. La mejor situación para probar.

A fin de interiorizarnos en la temática y sin desconocer que sobre ella hay ríos de tinta, cabe recordar que la doctrina de la carga probatoria dinámica justifica el apartamiento excepcional de las reglas clásicas de distribución de la carga probatoria, de modo que las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación de hechos esenciales pesen sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones –fácticas, técnicas o profesionales- de aportar la prueba y no lo hace. De lo señalado se advierte que el dinamismo está dado en la circunstancia de que ya no se tiene en cuenta el tipo de hecho a probar, ni el rol de actor o de demandado como elementos dirimientes para imponer la carga de la prueba sobre uno u otro polo de la relación procesal, sino las mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para arrimar la prueba al proceso.

⁹ En nuestro país, justo es reconocer que el concepto fue acuñado y difundido por Jorge W. Peyrano (data del año 1981 y fue concebida en coautoría con Chiappini, Julio O., en “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en *ED* 107-pág. 1005). Sin embargo, en otros términos, ya se había hablado del desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien está en mejores condiciones de probar a principios del siglo XIX. En tal sentido, Bentham decía: “*La obligación (actualmente “carga”) de exhibir la prueba en cada caso particular, debe ser impuesta a la parte que pueda hacerlo con menor inconveniente, esto es con menos demora, menos vejaciones y menos gastos*”. Bentham, M. Jeramías, “Tratado de las pruebas judiciales”, Bossange Freres, París, 1825, t. 3º, p. 151.

Se fundamenta en la necesidad de flexibilizar las reglas tradicionales que, en ocasiones, conducían a abstracciones teóricas desconectadas de la realidad o que no se hacían cargo de las particulares circunstancias del caso a resolver¹⁰.

Con ella, se busca evitar que la aplicación de reglas inflexibles impidan el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de oportunidades cuando existan situaciones de desequilibrio entre las partes y de tal modo la decisión que se obtenga no corresponda con la verdad y la justicia. El desequilibrio a que se hace referencia radica en que, por un lado, sobre una de las partes pese la imposibilidad material –o significativa dificultad- de aportar la prueba de los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue por cuestiones extrañas a su voluntad. Por otro, en la facilidad de la contraria o razonable posibilidad para obtenerla.

En esta oportunidad también cabe preguntarnos si basta con que una de las partes se encuentre en mejores condiciones o en una mejor situación de acompañar el elemento de prueba al proceso para que recaiga sobre ella la carga de la prueba. En tal caso, habría que verificar si importa el hecho de que la contraria también, aunque con un mayor esfuerzo, pueda proporcionar el dato de la realidad. Todo ello determina el alcance del postulado y su aplicación dentro de un caso específico podría acarrear disidencias, especialmente en los que a pesar de la cooperación prestada por el demandado, no se pueda coleccionar prueba suficiente para tener por acreditados los hechos afirmados en la pretensión.

La propiedad relevante que justifica el apartamiento de las reglas, es algo más que una mera situación de “comodidad” o “ventaja” en relación a la prueba de que se trate. En otras palabras, las mejores condiciones de probar no se identifican con la concurrencia de una mayor comodidad de una parte por sobre la otra para acercar el elemento probatorio que acredite un determinado hecho controvertido. Por el contrario, la circunstancia de “mejores condiciones” contempla la posición en que se encuentran los sujetos con relación a la posibilidad de suministrar el elemento probatorio, teniendo en cuenta -entre otras cosas- la mayor facilidad para aportar la prueba al juicio cuando existe una disparidad entre las partes para obtenerla que se traduce: en “dificultad” para una y “facilidad” para la contraria.

¹⁰ DE LOS SANTOS, Mabel, “Las cargas probatorias...”, ob. cit.

No existen en nuestro sistema pautas claras que encuadren la situación tal como lo hace el ordenamiento procesal colombiano a través del artículo 167 del Código General del Proceso¹¹ -que ha merecido algunas críticas-. En su virtud, el criterio de interpretación dependerá de lo que la discrecionalidad y sana crítica del juez que intervenga entienda por ello sin desconocer que la mera circunstancia de que el demandado pueda probar con mayor facilidad no exime sin más al actor de la prueba. En pocas palabras, claro está, constituye una regla de excepción y para aplicarla habrá de corroborarse una verdadera situación de inferioridad frente a la posibilidad de suministrar el elemento probatorio. La mera existencia de inconvenientes superables para el pretensor, no lo alivian de la carga probatoria sólo porque a la otra parte le resulte más sencillo demostrar los extremos debatidos.

Como se advierte, la teoría atiende a la posición de disparidad en que se encuentran los litigantes en relación con la posibilidad de suministrar la prueba, y constituye una regla de distribución de la carga probatoria caracterizada por gravar al litigante que se encuentre en “mejores condiciones de probar”, con la responsabilidad de acreditar el hecho de que se trate, o en caso contrario, correr el riesgo de no triunfar en el litigio (Ferrer, 1996, 590). En definitiva, no es que las reglas clásicas desaparezcan sino que se complementan o perfeccionan flexibilizando su aplicación en todo supuesto en que quien debía probar según la concepción tradicional se halle imposibilitado de hacerlo por motivos ajenos a su voluntad (Peyrano, 1981, 1005).

En conclusión, elaborado ya un concepto y sintetizando ideas centrales¹² en torno a la aplicación de la doctrina, cabe mencionar que:

1) La carga dinámica no deroga las normas tradicionales que regulan la carga probatoria, simplemente las vuelve más elásticas y aligeradas para casos de prueba difícil. Alivianar no significa eximir o liberar de toda la carga.

¹¹ Nótese al respecto que prevé que una parte está en mejor posición para probar: en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte (entre otras circunstancias similares). Esta norma ha sido criticada con fundamento en que en algunos casos el solo hecho de verificarse la hipótesis no da –por sí sola- lugar válidamente a que proceda la distribución de la carga probatoria. En virtud de ello se ha dicho que la medida de diferenciación puede carecer de una justificación objetiva.

¹² Cfr. BARACAT, Edgar J. “La doctrina de la carga probatoria dinámica en el nuevo Código”, RCCyC 2015, 16/12/2015, 141. Cita Online: AR/DOC/4250/2015.

2) Cuando no surja de la causa, el litigante que pretenda valerse de ella tendrá que demostrar la mejor posición de disposición de su adversario, y de ser ello difícil, acudir al "*favor probatione*". Este principio supone que en caso de una duda objetiva y, especialmente, de dificultad probatoria habrá de estarse por un criterio amplio y flexible en tomo a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas. El dinamismo supone un juez persuadido de la vulnerabilidad o del desequilibrio y para su aplicación será necesario que se haya producido prueba con la que *prima facie* el hecho afirmado - pero difícil de probar- luzca como aparente, verosímil o probable.

3) Su aplicación es excepcional y de interpretación restringida. No porque las circunstancias de extrema complejidad o alta especialización de los asuntos debatidos sean excepcionales, sino porque la excepcionalidad está dada por no permitirle al actor cruzarse de brazos esperando que el demandado aporte una prueba que aquel también estaba en condiciones de brindar.

4) En definitiva, no excluye el esfuerzo probatorio del sujeto beneficiario de la nueva óptica. Desplaza la carga adjudicando la necesidad de demostración de un hecho a quien no lo afirmó; o la aminora de modo tal que quien lo afirma no tenga la necesidad de prueba tan contundente; o acrecienta la carga de quien ya debía asumirla según postulados generales.

3.2) Principio de colaboración y carga dinámica. Distinción: carga de probar y carga de producir evidencia.

Un tema central que ha llevado a arribar a distintas conclusiones es la distinción entre la carga dinámica de la prueba y el principio de colaboración. Hay quienes se han encargado de enfatizar sus diferencias a fin de no incurrir en confusiones en la práctica. A esos efectos se sostiene, por una parte, que la carga dinámica implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo so pena de una decisión adversa en contra de sus intereses en caso de incertidumbre. Por otra parte, el principio de colaboración en el campo de valoración de la prueba, conlleva a

aplicar las pautas tradicionales de distribución del *onus probandi*, aunque teniendo en cuenta la conducta de los litigantes como indicio para estimar la suerte de la pretensión.

Ahora bien, hay veces en que ambos institutos operan en la misma dirección, pero ello no siempre es así. A los fines de ilustrar las diferencias Giannini¹³ señala, a modo de ejemplo, que si en un caso de mala praxis el médico demandado cumplió acabadamente su deber de colaboración aportando los medios disponibles, brindando su versión de los hechos y aún así no logra convencer al juez; si se aplica la carga dinámica debe acogerse la pretensión ante ausencia de prueba suficiente. De lo contrario, de conformidad al principio de colaboración se arriba a la conclusión opuesta dado que conforme las reglas clásicas era el actor quien tenía la carga de probar los presupuestos fácticos y el demandado cumplió adecuadamente con la carga de cooperar en el esclarecimiento de la verdad, sin ampararse en una mera negativa, aportando los elementos a su alcance.

En torno a la cuestión planteada en las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín en octubre de 2016, se destacó que debe distinguirse terminológicamente dentro del concepto de carga de la prueba: 1) La carga de probar, de 2) La carga de producir evidencia.

La primera está constituida por el tradicional imperativo de convencer al juez acerca de la veracidad de los hechos que cada parte alega –o en otras palabras, de despejar la incertidumbre-, bajo apercibimiento de que en caso de no lograrlo, dicha circunstancia fáctica sea considerada inexistente.

La segunda, es la manifestación de la carga de la prueba asociada a la aplicación del principio de colaboración en el proceso. Consiste en exigir a quien está en mejor posición relativa para esclarecer ciertos hechos, la carga de aportar los elementos que estén o razonablemente deban estar a su disposición, bajo apercibimiento de extraer de su conducta reticente, un indicio contrario a su posición procesal.

A partir de tal diferenciación se aprobó la siguiente conclusión: La carga dinámica de la prueba sólo impone a la parte que está en mejores condiciones de probar, la carga de colaborar con el esclarecimiento de los hechos. El incumplimiento de dicha carga acarrea como consecuencia la posibilidad de estimar su conducta como un fuerte indicio

¹³ Cfr. GIANINNI, Leandro J. Principio de colaboración y “carga dinámica de la prueba” en el Código Civil y Comercial. La Ley 15/11/2016, La Ley2016-F778. Cita Online: AR/DOC/3487/2016.

contrario a su postura en el proceso. En caso de que, aun valorando negativamente la falta de cooperación de la parte, subsistiera la incertidumbre del juez acerca del hecho, debe acudir a las reglas ordinarias de la carga de la prueba contempladas en la legislación sustancial (vg. art. 890. 894. 1734, 1736, 2265 del CCCN, etc.) o procesal (art. 377 del CPCCN y sus análogos provinciales).

Por su parte, el despacho en minoría (Dres. Peyrano y Masci) concluye que si bien el principio de colaboración es un fundamento esencial en la doctrina de la carga dinámica de la prueba, no debe descartarse la aplicación de dicha doctrina como instrumento para la inversión del “*onus probandi*” propiamente dicho, cuando se den las circunstancias excepcionales que habilitan su aplicación. Se trata de trasladar la verificación de los hechos en razón de la situación favorable en la cual se halla la parte para acreditar la realidad de los mismos, por cuanto dispone de los medios y argumentos que resultan aptos para demostrarlos. Es decir, de hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas, o de hecho para producirla en pos de la obtención de la verdad.

Coincidimos con esta última postura considerando que la carga dinámica no sólo impone el deber de colaborar (carga de producir evidencia) –entendido como el propio ejercicio del derecho de defensa¹⁴- sino que funciona como un apartamiento de las reglas tradicionales de la carga de la prueba y, como tal, comprende la carga de probar entendida como se describe en el punto 1), es decir, en sentido estricto. Siendo así, si se verifica la situación excepcional para su aplicación y la incertidumbre acerca de cómo sucedieron los hechos se mantiene, la conclusión no puede ser otra que la adversa a las postulaciones de sobre quién recae. De lo contrario tal situación favorecería a quien estando en condiciones de despejar la duda no lo hace, porque la sanción de su incumplimiento acarrearía solo un indicio contrario a su posición procesal, que no bastaría para una decisión desfavorable. Ello no resulta admisible en el entendimiento de

¹⁴ En este sentido parte de la doctrina es categórica al sostener que las cargas dinámicas NO son un deber de colaboración con fundamento en que: “*Es un eufemismo sostener que las cargas dinámicas no invierten ni trasladan el onus hacia el sujeto pasivo, sino que este sólo soporta un deber de colaboración. Si alguien debe brindar prueba porque de lo contrario se arriesga a un resultado desfavorable, estrictamente no colabora con otro, sino que se defiende a sí mismo.*”(ZAVALA DE GONZALEZ Matilde- GONZALEZ ZAVALA Rodolfo, “Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil”, Semanario Jurídico N°1995, 12/03/2015, Cuadernillo 8, Tomo 111, Año 2015-A, p.341).

que, como proponemos, su carga no era sólo la de colaborar sino la de despejar la incertidumbre.

En definitiva, sostenemos que la carga dinámica comprende el deber de colaboración pero no se agota en él y, correlativamente, el deber de colaboración no implica necesariamente la existencia de las condiciones para la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

3.3) Antecedentes jurisprudenciales.

Aun en ausencia de texto legal expreso sobre el punto, y sin ánimo de aburrir al lector con los numerosos casos en los que la teoría encontró cabida en la jurisprudencia, a fin de ilustrar de manera sucinta los antecedentes más importantes cabe sin dudas mencionar al *leading case* “Pinheiro¹⁵” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1997. El mencionado constituyó el puntapié inicial de la consolidación y adhesión generalizada de la doctrina, sin desconocer que anteriormente otros antecedentes, sin utilizar el “*nomen iuris*”, fueron esbozando reglas particulares frente a determinadas situaciones de dificultad probatoria.

En el fallo señalado se planteó un caso de mala praxis médica por pérdida de un feto, rechazado en primera y segunda instancia por ausencia de pruebas respecto de la negligencia del galeno. Arribados los autos a la C.S.J.N. por recurso directo, el Máximo Tribunal entendió que la Cámara había incurrido en arbitrariedad al desconocer las falencias imputadas a la historia clínica -falsificaciones y omisión de constancias relevantes sobre el acto quirúrgico: hoja de enfermería, foja de anestesia y parte quirúrgico-. Entendió que ante la omisión del accionado en coadyuvar a la dilucidación de los hechos “(...) *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*

¹⁵“Pinheiro, Ana María c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”, C.S.J.N. 10/12/1997, (Fallos: 320:2715).

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”.

En definitiva, se admitió que se trataba de una situación extrema de difícil comprobación en el que cobraba fundamental importancia el concepto de carga dinámica de la prueba haciendo recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (médico o entidad hospitalaria), por tener conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso.

Luego, en el año 2001 en el caso “Galli de Mazzucchi”¹⁶ la Corte Suprema tacha de arbitraria una sentencia que (por lo novedoso no trata de una situación de responsabilidad profesional) en las instancias inferiores, en un accidente de tránsito de una persona transportada en un ómnibus se decidió que la víctima debía aportar la prueba que le incumbía como pretensor, pero omitiendo, entre otros aspectos, valorar la conducta asumida por las partes en el proceso. El Alto Tribunal afirmó que “(...) *las reglas sobre carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional a efectos de dar primacía, por sobre la interpretación de las normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal*”.

La evolución que ha tenido la aplicación de esta teoría a lo largo del tiempo evidencia que de manera paulatina los magistrados fueron adoptando en forma incesante una actitud proclive a reglas menos rígidas que se configuraban en los más variados supuestos¹⁷. Así, sin pausa pero sin prisa, la carga dinámica se fue extendiendo a otras materias donde se exhibía igual dificultad en relación a la disposición de la prueba. En tal sentido –como adelantamos- la Corte Suprema de Mendoza receptó el criterio en un juicio de simulación considerando que “(...) *la teoría de las cargas probatorias dinámicas es aplicable a la acción de simulación iniciada por terceros, pues es de toda*

¹⁶ “Galli de Mazzucchi” C.S.J.N. 06/02/01. (Fallos: 324:115, LL, 2001-C- 959).

¹⁷ La Corte también atemperó el estándar de las reglas clásicas de la carga de la prueba en “Baiadera” del 20/8/96 (Fallos: 319:1577) y en sentido similar “Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterrica S.A. y otros” del 04/09/01 (Fallos: 324:2689).

*razonabilidad pensar que es mucho más fácil para quien participó en el acto acreditar la veracidad del mismo que para el ajeno demostrar la simulación*¹⁸”.

Por otro lado también se extendió la doctrina a otras ramas del derecho, llegando a admitirse en “Pellicori”¹⁹ en un caso de discriminación laboral. El razonamiento de dicho resolutorio partía de sostener que el derecho fundamental de igualdad necesita de protección efectiva y el reconocimiento de inconvenientes probatorios, de especificidades. La doctrina del fallo sienta que quien denuncie un acto discriminatorio debe acreditar hechos que, *prima facie* resulten idóneos para inducir su existencia, imponiendo al demandado la prueba de un motivo objetivo y razonable ajeno a cualquier tipo de discriminación. La Corte dice que lo que instala no supone la exención de prueba de la parte que tilda de discriminatorio el acto, ni propiamente una inversión de la carga de la prueba porque, recién acreditados los extremos invocados, deberá el demandado probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* demostrado. Se trata solo de distribuir la prueba de modo tal que la acción judicial constituya realmente el mecanismo eficaz de garantía que determinan las normas internacionales y nuestro derecho interno.

3.4) Posiciones doctrinarias. Críticas.

Inicialmente, en defecto de norma alguna que la prevea, la carga dinámica se aplicó de oficio al dictar sentencia entendiendo que resultaba una derivación de las reglas de la sana crítica racional en materia de valoración de la prueba, es decir, las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (Couture, 1979, 74). Unas (reglas de la lógica) contribuyen a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón, y otras (reglas de la experiencia), a un conocimiento experimental de los casos determinando que en algunos la concepción de la carga probatoria clásica deba dejarse al margen.

¹⁸ LL 1000-B (42.443-s); DJ 1999-1-675.

¹⁹ “Pellicori”, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados” CSJN, 15/11/2011, La Ley Online; Citaonline: AR/JUR/68958/2011.

Es entonces en esa oportunidad procesal -es decir finalizado el litigio- que el juez realiza un análisis *ex post* de las conductas de las partes vinculadas a la posición probatoria de cada una de ellas y en casos excepcionales en que la teoría clásica conduciría a un resultado injusto, echa mano a la carga dinámica atendiendo a la mejor condición en que una se encuentra respecto de la acreditación de un determinado hecho – independientemente de quien lo alegó-. Ello, teniendo como contra partida la imposibilidad o extrema dificultad de la otra, trasladando las consecuencias disvaliosas que trae aparejada su falta de diligenciamiento.

Ante esto, parte de la doctrina demandaba consagración legislativa de la teoría a través de un precepto que especifique el momento procesal en que se advertiría a las partes de su aplicación para no sorprender en la buena fe al litigante que ofreció y diligenció la prueba conforme los criterios clásicos, enterándose al leer la sentencia cuando ya no tenía ninguna posibilidad de ofrecerla y producirla (Eisner, 1994, 848), cambiando las reglas del juego después que el juego terminó²⁰ (Alvarado Velloso, 2009, 40).

Bajo tal fundamento, el sector de la doctrina enrolado en el “garantismo procesal” que se manifestaba en contra de la aplicación de la carga dinámica, aducía que se conculcaba el principio de bilateralidad e igualdad ante la ley y el mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Se expuso que se podría perjudicar a quien resulte desplazado de la carga probatoria clásica, obligándolo a aportar elementos que afecten su defensa o que lo comprometan en el caso²¹.

Se sostuvo que, en algunas circunstancias, se podía imponer a la parte que aporte pruebas que en realidad no tiene a su alcance, incluso de hechos negativos. También que podría respaldar decisiones judiciales en las que se suplían falencias de la contraparte que

²⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Sistema Procesal -Garantía de la libertad”, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, año 2009, t. II, pág. 40. En su opinión, la aplicación de la carga dinámica de la prueba implicaba “cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el proceso, viola la garantía de defensa en juicio” (ob. cit., pág. 41).

²¹ A ello Peyrano contestaba que en todas las leyes procesales civiles se instrumenta y regula la prueba de absolución de posiciones y, sin duda, quien absuelve está suministrando material de evidencia a su adversario en la litis. Sumado a que todos deben demostrar los presupuestos de hecho de las normas invocadas o en discusión y, a los que no lo hagan podrán, ante su incuria, concluir perdidosos, estén ubicados donde estén. Entonces, sin necesidad de emigraciones probatorias seguimos dentro de los principios del Código, nada varía aunque el juez se tome el trabajo de enfatizar en su sentencia que la parte negligente se hallaba, además, en “mejores condiciones de producirlas” –ver nota 22-.

detenta la carga de la prueba, que en rigor no podría reclamarse a quien las normas procesales o de fondo no le imponen esa exigencia.

Empero, el principal embate por el que algunos desechaban su aplicación radicaba –como dijimos- en que siendo que el Tribunal la aplica al momento de la valoración integral de la prueba y en oportunidad de verificar quién se encontraba en mejores condiciones, se coartaría la posibilidad de que la parte sea advertida a los fines de que aporte el elemento requerido. Es decir, el argumento de más peso que utilizaba la oposición es que se afectaba la seguridad jurídica al no existir una norma clara que anticipe su aplicación, lo que podía configurar una violación del derecho de defensa al no contar con la prevención, quien en realidad no tiene la carga de probar.

En adhesión a la posición contraria a su aplicación se interpretó que “(...) *el juez no puede suplir la actividad de las partes ni modificar las condiciones o reglas establecidas con anterioridad al debate, sin alterar la igualdad de los contendientes (...) La modificación de las reglas relativas al mérito sobre la actividad de las partes en la etapa de confirmación, por la sola discrecionalidad del juez, equivale literalmente a ‘patear el tablero’ dando fin al proceso como juego dialéctico en pie de igualdad ante un tercero imparcial*”²².

Por su parte, el maestro Peyrano, primero en enarbolar la teoría y principal encargado de defenderla, se ocupó de contestar cada uno de los puntos de crítica. Así como también todo el sector que adhería a sus conclusiones –por cierto mayoritario- brindaba los múltiples fundamentos que justificaban su aplicación:

El hecho de que la ley no sea la única fuente del derecho y por tanto la ausencia de texto legal expreso no justifique que sea desechada por ello. Es que, en muchas ocasiones institutos jurídicos nacieron por creación pretoriana y la repetición de resoluciones judiciales y el apoyo autoral, determinaron que, corrido bastante tiempo, el legislador se acordara de concederles el crisma de lo legal²³.

²² ACOSTA, Aníbal G., “La Prueba Judicial en el Proceso Civil. Jaque a la teoría de las cargas probatorias dinámicas” (nota a fallo), *Semanario Jurídico* N° 1645, pág. 205 y ss.

²³ PEYRANO, Jorge W. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”. Artículo publicado en el portal web del Poder Judicial de Santiago del Estero – Argentina. Disponible: www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/.../cargas%20probatorias%20dinamicas%202.doc

El deber de los jueces de priorizar los principios básicos del debido proceso, en especial, el de igualdad -art. 16, CN-²⁴.

El deber de colaboración de las partes que se desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal, así como también en el deber de decir la verdad²⁵.

La consideración de que la aplicación de las cargas dinámicas de la prueba no es más que una derivación de las reglas de la sana crítica²⁶ y, por tanto, estaría avalada legalmente por la necesidad en que se encuentra el Tribunal de apreciar todos los elementos de juicio colectados a la luz de sus reglas.

Por último, la aplicación del principio “favor probationes” que permitiría trasladar la carga de la prueba a aquél que se haya en mejores condiciones de probar²⁷.

No demás está decir que el balance fue francamente favorable a su incorporación plena a nuestras prácticas y normas. Por ello y a fin de arribar al problema central de investigación continuaremos con las primeras previsiones legales en que fue contemplada.

3.5) Regulación legal previa al Código Civil y Comercial. Derecho comparado.

En el plano legislativo, sólo algunas provincias argentinas –entre las cuales Córdoba no se encuentra- prefirieron su regulación. Como ya se refirió y tal lo rebatió Peyrano al contestar las críticas a la teoría, la necesidad de texto legal expreso no condicionaba su aplicación. Fue pionera La Pampa al prever en su Código Procesal Civil y Comercial en el año 1999 una regla expresa al respecto. Así, el art. 360 ib., luego de consagrar la teoría normativa de la carga de la prueba, dispone: “*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,*

²⁴ ARAZI, Roland – BERIZONCE, Roberto O. – PEYRANO, Jorge W. “Cargas probatorias dinámicas”, La Ley 2011-D.

²⁵ KIELMANOVICH, Jorge L. “Teoría de la prueba y medios probatorios”, 3era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 166.

²⁶ PEYRANO, Jorge W. “Aproximación a las máximas de la experiencia con las reglas de la sana crítica ¿Se trata de dos conceptos disímiles?”, pub. en Revista de Derecho Procesal, año 2005-1, págs. 215 y sgtes.)

²⁷ KIELMANOVICH, Jorge L. “Teoría de...” ob. cit. pág. 74.

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 arribar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos”.

En primera medida la norma admite la iniciativa probatoria del Tribunal –no aceptada por el garantismo procesal- es decir que atenúa el clásico proceso dispositivo en que el aporte y la producción de la prueba es una carga procesal de las partes. Asimismo fija pautas de valoración de la conducta de las partes en relación con la actividad probatoria (entre las que se encuentra la colaboración, lo que avala la distinción que formuláramos entre el principio de colaboración y carga dinámica). Luego, consagra la teoría considerando que la carga de la prueba recae sobre quién se encuentre en mejores condiciones de aportarla.

A esta altura cabe referir que la (por entonces, ya que tiene veinte años) novedosa previsión legal se adaptó a la necesidad imperante de redefinir las funciones de las partes y del Tribunal con el objeto de que el juzgador intente llegar a la verdad jurídica objetiva alejándose, de a poco, de la conducta pasiva del tradicional proceso dispositivo y de la antigua verdad formal. Gradualmente, y a instancias de este tipo de normas, se comenzaba a tener en claro el norte al que debe dirigirse la decisión judicial mediante la cual se impone reinterpretar constantemente los principios procesales.

En similar sentido –lo que no justifica un análisis pormenorizado de cada previsión legal-, se fueron sumando otras provincias de modo que la teoría quedó consagrada en los códigos procesales de: Corrientes, Santiago del Estero, San Juan, Formosa y Río Gallegos.

Por otro lado hay quienes sostenían que la teoría de las cargas probatorias dinámicas ya tenía recepción en el sistema del Código de Vélez en las responsabilidades objetivas del art. 1113, CC, en que no pesaba sobre el actor la necesidad de acreditar un estricto nexo causal entre el daño y el hecho lesivo referido al sujeto pasivo, sino a nivel aparente o bien rudimentario, a partir de lo cual el demandado soportaba la carga de demostrar una causa ajena. Sin embargo, consideramos que no deben confundirse los casos en que las normas prevén la inversión de la carga de la prueba como regla–tal como ocurre para desvirtuar alguna presunción- con el apartamiento de las reglas clásicas que impone la carga dinámica. Como vimos, la misma obedece a otras aristas y es dinámica,

justamente porque no se encuentra atada a principios rígidos, sino que todo dependerá de las circunstancias del caso concreto.

También, se dijo que la doctrina encontraba eco en el ámbito del derecho de consumo, al disponerse que los proveedores de bienes y servicios deben aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio de que se trate, prestando la colaboración necesaria para lograr el esclarecimiento de los hechos debatidos en el pleito (art. 53, 3° párr., Ln. 24.240 -texto según Ln. 26.361-). Ahora bien, entendemos que de su lectura no surge con claridad que se consagre este principio, sólo pone en cabeza del proveedor ciertos deberes cuyo incumplimiento generan un indicio que permitirá al juez presumir el hecho invocado por el consumidor. Empero, de modo alguno determina que sobre él recaiga la carga de producir la prueba pertinente²⁸.

Fuera del país también recibió admisión legislativa el instituto. Se encuentra contemplado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española –año 2000-²⁹; en el artículo 12 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, y el artículo 167 del Código General del Proceso de Colombia -sancionado en el año 2012- que tiene aplicación en asuntos de naturaleza civil, comercial, de familia y agraria, y subsidiariamente, en otros asuntos que no se encuentren regulados en otras leyes en lo que tiene que ver con la actividad procesal.

Éste último, como se adelantó, además de prever los casos puntuales en que debe considerarse a la parte en mejor posición para probar (lo que generó que el dispositivo sea tachado de inconstitucional debido a la ausencia de justificación objetiva y razonable para instituir un tratamiento de diferenciación entre las partes vinculadas al proceso); constituye un antecedente de redacción similar al que luego se adoptaría en nuestro sistema.

²⁸ Así lo entendió la jurisprudencia en “Santonja, Diego Martín y Otra c. Atilio O. Salas Inmobiliaria S.R.L. s/ sumarísimo” Cámara de Apelaciones de Circuito de Santa Fe, 27/10/2016. Cita Online: AR/JUR/107821/2016. En apoyo de esta tesis ver: Sáenz, Luis, “Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo”, LA LEY 2015-C, 512.

²⁹ En la misma, el legislador introduce en el apartado 6 una regla que flexibiliza el *onus probandi*, permitiendo la adaptación de la carga de la prueba a las particularidades de cada caso. Dispone: “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 en litigio”.

Establece: *“No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”*.

Claro que, como se verá, brinda mayores precisiones: le otorga la posibilidad al juez de que en atención a las particularidades del caso distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de proveer la prueba, o durante su producción, o en cualquier otro momento siempre que lo sea antes que se dicte sentencia.

Y continúa diciendo: *“Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código (...)”* de modo que prevé su recurribilidad (lo que si bien no en forma expresa, implica una decisión y comunicación al respecto) y que –con el debido control de la contraparte- se establezca un plazo para que el exigido aporte o solicite la prueba respectiva, que quedará sujeto al que prudencialmente fije el Tribunal en atención a la complejidad del asunto y a la prueba de que se trate.

Por su parte, el novel (pero anterior al nuestro) art. 373 del Código Procesal Civil de Brasil sancionado el 16 de marzo de 2015, adopta un sistema parecido al colombiano aunque menos detallado al contemplar que: *“(...) En los casos previstos en la ley o ante las peculiaridades de la causa relacionadas con la imposibilidad o la excesiva dificultad de cumplir la carga en los términos del capítulo o la mayor facilidad de obtención de la prueba del hecho contrario, podrá el juez atribuir la carga de la prueba de modo diverso, siempre que lo haga por decisión motivada, en cuyo caso deberá dar a la parte la oportunidad para el desempeño adecuado de la carga que le fue atribuida.”*

Es decir, expresamente impone una decisión motivada que permita distribuir la carga de la prueba de un modo apartado de las reglas generales y tradicionales (sin indicar momento procesal alguno ni límite a esos fines); como así también contempla que habrá de darse oportunidad a la parte sobre la cual se impone dicha carga, para que desempeñe adecuadamente la tarea. En definitiva, también implícitamente impone la

comunicación del criterio judicial que se aparte de las reglas generales, al prever que se debe formalizar mediante una decisión motivada. Es decir, que el juez lo debe hacer saber a las partes.

3.6) Carga dinámica en el Código Civil y Comercial.

Sin ánimo de adelantarnos al que será objeto de un análisis profundo en el capítulo siguiente –art. 1735, CCCN-, cabe hacer referencia a las dos normas con las que el código sustancial novedosamente proporciona texto expreso a la carga dinámica de la prueba.

Si bien, como dijimos, antes de ahora la teoría encontraba fundamento en la apreciación de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, en el deber de colaboración de las partes, en los principios generales que hacen al debido proceso y en la necesidad de hacer primar la verdad jurídica objetiva por sobre una rígida interpretación de las normas (arts. 16, 18 y cccts. CN; art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica); la importancia de la sanción está fuera de toda duda y viene a brindar respuesta –aunque con defectos- a la principal demanda de la posición contraria.

Por un lado el art. 710, al reglar los principios generales de los procesos de familia, precisa que la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar. Es decir, sin mayores previsiones ni especificaciones, contiene la aplicación exacta del modelo de las cargas dinámicas. A su respecto se ha dicho que el acierto de la regulación reside en introducir este principio en los procesos de familia y concluir con la incertidumbre que provocaba su aplicación discrecional, de modo que ha dejado de constituir una facultad del juez interviniente³⁰.

De otro costado, es en la función resarcitoria de la responsabilidad civil en la que el legislador avanza aún más. En ese ámbito, el principio general que fija el Código es que tanto los factores de atribución como las eximentes deben ser probados por quien los alega (art. 1734). Sin embargo, dicho principio se ve atemperado por la norma siguiente,

³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015. Comentario del art. 710.

que fija como facultad del magistrado la posibilidad de distribuir el peso de la prueba -de la culpa o de haber actuado con debida diligencia- atendiendo a quién se encuentre en mejor situación para aportarla, sobre las circunstancias del caso y con independencia de la posición de actor o demandado de las partes.

Del modo expuesto, en la norma se procura superar desigualdades en situaciones donde el sujeto pasivo se encuentre en mejores condiciones para probar, mientras la víctima afronte obstáculos serios para acreditar la génesis causal o la eventual culpa.

En definitiva, el principio general en materia de responsabilidad es que: quien alega un daño (art. 1744, CCCN) debe probar tanto la existencia de un factor de atribución (art. 1734) como su nexo de causalidad (art. 1736) y, en lo que respecta al efecto y aplicación del art. 1735 del nuevo compendio, sobre el que nos explayaremos a continuación, surge como corolario de la necesidad de obtener la verdad de los hechos.

CAPÍTULO II:

EL ART. 1735 DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Arribados a esta instancia y habiendo desarrollado los puntos neurálgicos en torno a la carga dinámica de la prueba, iniciaremos ahora un abordaje detenido del art. 1735 del Código Civil y Comercial que, a poco de la entrada en vigencia comenzó a generar múltiples interpretaciones en cuanto a su ámbito de operatividad y sentido y alcance³¹. A los fines de formular propuestas en torno a las diversas temáticas que se plantean y que aún no se han zanjado, desde un aspecto general, principiaremos por: identificar qué dispone la norma; indagar los fundamentos de su sanción; verificar su naturaleza procesal o sustancial –entre otros-. Luego, desde un estudio más específico, ahondando el análisis de la letra de la ley y de las diferentes posturas que surgen, se intentará brindar pautas de interpretación referidas al carácter de la disposición (facultativa o vinculante) y a su alcance exclusivo al factor de atribución subjetivo o extensión a otros supuestos para finalmente, en el capítulo III, ocuparnos puntualmente del análisis del “aviso previo” desde una mirada constitucional.

1) La disposición normativa. Interpretación y fundamentos de su sanción.

La sustancial reforma que introdujo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en el 2015 generó en los estudiosos del derecho la gran preocupación en el análisis de las nuevas instituciones y figuras que el legislador incorporó, sin perder de vista que la interpretación de la ley debe orientarse al cumplimiento de los fines y

³¹ En el panel de la Comisión 12 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, celebradas en septiembre de 2017, donde se discutieron las "Relaciones entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Procesal", el despacho de la mayoría concluyó respecto a las cargas dinámicas, que: "*no ha sido acompañada de la necesaria claridad acerca de sus alcances concretos: supuestos y condiciones de aplicación, diferencia de fuentes, oportunidad y necesidad de su anticipación (aviso previo y preciso)*", entre otros temas.

propósitos perseguidos con su implementación, considerando al ordenamiento jurídico como un todo coherente y sistemático.

A los efectos indicados es que el art. 1, CCCN, determina que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, de conformidad con la Constitución y los tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, poniendo especial énfasis en la interpretación teleológica como criterio rector al establecer que a tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. En tanto, el art. 2 ib. reitera que la interpretación de las normas debe ser realizada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. La respuesta de cómo el magistrado habrá de arribar a esta coherencia del ordenamiento en todos sus niveles –provincial, nacional y convencional- está dada en el art. 3: mediante una decisión razonablemente fundada.

En definitiva y en pocas palabras, los interrogantes que se planteen respecto de la aplicación de la ley, y puntualmente el tema que nos ocupa referido a la carga de la prueba, deberán ser despejados según los estándares de los arts. 1º, 2º y 3º del código. La decisión del juez sobre el particular deberá: 1) estar “razonablemente fundada”, 2) respetar “los derechos humanos”, 3) tener en cuenta “los principios y valores jurídicos” y 4) ser “coherente con todo el ordenamiento”.

Retomando lo dicho en cuanto a la interpretación teleológica, resulta entonces de suma importancia conocer la intención del legislador para mejor comprender la finalidad de la norma, de modo que permita atribuir al enunciado del artículo aquel significado más acorde con el fin concreto que persigue, es decir, atendiendo a su finalidad objetiva y suponiendo que fue dictado como un medio o un instrumento del legislador para alcanzarla. Con el propósito de dilucidar esta intención se suele hacer referencia a los debates parlamentarios, otras veces también se recurre a la exposición de motivos, y a los elementos preparatorios de la norma.

Investigando sobre el punto, surge de los fundamentos del anteproyecto que luego de explicarse la regla de la carga de la prueba para quién alega el factor de atribución, se sostiene que la misma *“puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es*

por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla [...] Uno de los problemas que se ha discutido en relación a esta última posibilidad, es que las partes recién conocen esta decisión del juez al dictar la sentencia, con lo cual puede ocurrir que la parte demandada sufra un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía”.

De tal modo, se hace eco de la réplica referida al hecho de que con anterioridad a la sanción del nuevo código los jueces aplicaran el dinamismo directamente en la sentencia, lo que no resultaba del todo conveniente. Pues al no haber podido la parte sobre la que se imponía la carga, producir prueba a su favor; se sostenía que la controversia era decidida sobre la base de una realidad ficticia en la que se echaba mano a presunciones, es decir, con sustento en una verdad formal. Por tal razón, continúa, “*se señala que el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio*” (sic. fundamentos del anteproyecto)³².

En función de ello, con la finalidad de disminuir la litigiosidad y conferir seguridad jurídica, se recepta el criterio de valoración de la prueba y conducta procesal diseñado por la carga dinámica, dejando de ser una construcción teórica y doctrinaria para resultar ahora ley positiva en el art. 1735.

Así, dentro del ámbito de la responsabilidad civil, en el Título 5: Otras fuentes de las obligaciones; Capítulo uno: Responsabilidad civil; Sección Tres: “Función resarcitoria”; el nuevo cuerpo establece:

“Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de

³² Presentados por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

El anteproyecto del año 2012 contenía un precepto casi idéntico al sancionado, con la distinción de que en vez de decir “debe comunicar”, decía “comunicará” (art. 1731). En tanto, su previsión se remonta al Proyecto de Código Civil de 1998 que en el art. 1619 rezaba “(...) *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*”. Dichos antecedentes y las modificaciones formuladas no resultan inanes a efectos de puntualizar luego el alcance de los términos finalmente utilizados.

Como corolario de lo expresado en los fundamentos, surge –en principio- que la directriz requiere como condición de aplicación que el juez anuncie con anterioridad al dictado de la sentencia y en una etapa procesal que permita producir prueba a las partes, que aplicará la doctrina dinámica de la carga de la prueba.

2) Carácter de la norma ¿sustancial o procesal?

También en los fundamentos, la Comisión de Reforma sostiene que este tipo de normas revisten carácter sustancial y no procesal, al entender que son directivas sustantivas dirigidas al juez, a fin del dictado de la sentencia, en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo.

Sin perjuicio de lo contundente de la afirmación, nos permitimos disentir considerando que la pauta establecida en el art. 1735, CCCN manifiesta una notoria naturaleza procesal. Ello, sin desconocer que a veces la estrecha vinculación que existe entre el ordenamiento sustancial y el formal y la delgada línea que los separa, impide posicionarnos en la senda correcta si no efectuamos un análisis profundo. Gran parte de la doctrina, que se ha encargado de hacerlo, no ha aceptado la naturaleza que le atribuía la

Comisión³³, circunstancia que incluso se advierte en el código comentado de Lorenzetti al decir que “*Entre las normas procesales incorporadas, sin dudas, las de mayor trascendencia son las relativas a la incorporación del instituto de las cargas probatorias dinámicas en los artículos 710 y 1735³⁴*”.

Hay quienes no se asientan en una postura definitiva ni determinada sino que sostienen que tal venía siendo aplicada la doctrina de las cargas dinámicas por los tribunales directamente en la sentencia, *prima facie*, parecería que se trataría de una cuestión de mérito sustancial en tanto la decisión del magistrado tenía como fundamento el análisis del material probatorio existente en contraste con la situación de la parte en orden a la mayor o menor posibilidad probatoria. Sin embargo, la posibilidad que brinda el nuevo código de decidir la inversión incluso desde antes de la apertura a prueba transforma la decisión en una cuestión procesal, pues en tal caso sólo se analizará aquel último extremo y no material probatorio alguno, fuera de los elementos documentales que puedan haberse agregado. Bajo tal interpretación se dice que se produce una metamorfosis de la naturaleza procesal hacia la sustancial, a medida que la oportunidad de su dictado se aleja o se acerca a la sentencia (Vallania, 2016, 325). Por nuestra parte, como explicaremos, creemos que sin duda la cuestión es de naturaleza procesal y proponer una distinción basada en una metamorfosis a medida del avance del proceso, además de no resultar del todo clara, en nada favorece a la seguridad jurídica dadas las diferentes implicancias procesales que una y otra puede acarrear.

A los fines de brindar una conclusión sobre el punto, Guzmán Medina³⁵ distingue la fuente de la prueba con el medio a través del cual se prueba. Son fuentes de la prueba los “*hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que va a probar³⁶*”, sea que constituyan o no la representación del segundo. Las fuentes de la prueba están constituidas por personas o cosas cuya existencia es anterior al proceso, y

³³ En este sentido ver: QUADRI, Gabriel Hernán “El Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en lo procesal (cuestiones actuales)”, RCCyC 2018 (abril), 06/04/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/440/2018.

³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015. Comentario del art. 710.

³⁵ GUZMÁN MEDINA, Rocío “Relaciones entre el Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho procesal. Teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial de Nación. Necesidad de delimitar la facultad discrecional de los jueces” RCCyC 2018 (marzo) - RCyS2018-IV, 215 Cita Online: AR/DOC/149/2018.

³⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando, ob. Cit. p. 155.

portan los hechos que constituyen el objeto del proceso. En tanto que los medios son los distintos métodos aceptados por las leyes procesales que sirven para demostrar la falsedad o verdad de lo que se afirma: informe pericial, documento, testimonio. Agrega que la distinción entre fuentes y medios importa el límite entre las leyes sustanciales y las procesales: "*Las primeras pueden legislar sobre las fuentes (requisitos de los instrumentos públicos y privados, capacidad de las partes y de los testigos para declarar, etc.); pero la regulación de los medios de prueba es materia exclusivamente procesal*"³⁷. A partir de ello, concluye que art. 1735 del Cód. Civ. y Com. manifiesta una notoria naturaleza procesal.

Si bien coincidimos con la tesis sostenida por la autora en cuanto al carácter procesal de la norma, resistimos que ello sea porque establezca un medio de prueba. Lo es porque fija una pauta de distribución del *onus probandi*. Ahora bien, si no se tratara de una cuestión procesal –además de estar realizando en vano esta investigación para optar al título de Mgter. en derecho procesal- nos encontraríamos errados desde las primeras líneas elaboradas en el capítulo I al tratar la “carga de la prueba”, que como regla de actividad responde al interrogante ¿quién prueba? y cómo criterio de valoración ¿sobre quién recaen las consecuencias de la falta de prueba de un determinado hecho?. Dijimos que tales interrogantes brindan respuestas (y las normas que las regulan pautas) que dirigen al juez la forma en que debe dictar su pronunciamiento en ausencia de pruebas. Entonces, si el art. 1735 consagra una excepción a la regla tradicional de distribución de la carga de la prueba y constituye principio rector a esos efectos, resulta a todas luces una norma procesal. Como tal, su carácter instrumental tiende a asegurar la eficacia del derecho sustancial.

Siendo ello así, estas nuevas normas que contenidas en un código de fondo regulan la conducta de los jueces en orden a la dirección del proceso, deben ser coordinadas con los diferentes sistemas procesales provinciales que, salvo algunas excepciones –y no particularmente sobre el tópico bajo estudio-, no se llegaron a reformar, aún a casi cuatro años de la sanción del Código Civil y Comercial.

³⁷ DÍAZ SOLIMINE, Omar L., "La prueba en el proceso civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., p. 106.

De otro costado, la distinción que se formula en este acápite no resulta sólo a fines pedagógicos sino que de la naturaleza que se le atribuya a la norma, variará y dependerá la posibilidad impugnativa de la decisión del magistrado en orden a disponer su aplicación o el ataque con fundamento en la omisión de la comunicación. En otras palabras, la postura que se adopte al respecto no es baladí, en tanto ello tiene –como dijimos- implicancias en materia procesal, principalmente en la faz recursiva.

2.1) Incorporación de normas procesales en el código de fondo.

Determinado que se trata de una norma procesal, cabe preguntarnos si resulta constitucional su incorporación en el Código, toda vez que el art. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional disponen que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación y el que expresamente se hayan reservado. Es por ello que las provincias asumen, entre los poderes no delegados, el de dictar códigos de procedimientos.³⁸

Si bien todavía se discute el tema, y hay quienes se manifiestan en desacuerdo³⁹, ya ha sido ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que tanto el código civil cuanto cualquier ley nacional, pueden contener disposiciones procesales que, de hecho, con frecuencia se observan de su lectura. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció a favor de su inclusión en reiteradas oportunidades –y desde antaño ya que los primeros antecedentes datan del año 1922- expresando que el fundamento para así decidir radica en el objetivo de asegurar la debida protección, efectividad, vigencia y

³⁸ argto. arts. 75 inc. 12, inc. 32 de la Constitución Nacional; PALACIO, Lino E. "Tratado de derecho procesal civil", Cdad. de Bs. As., 2011, 3ra. Edic. actualizada por Carlos Camps - T. I, p. 26.

³⁹ ver en este sentido LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, "Las modificaciones al sistema de la responsabilidad objetiva y su influencia en el proceso", SJA 08/02/2017, 08/02/2017, 76, Cita Online: AP/DOC/1277/2016 quién expresa que no es que no está de acuerdo con lo que disponen las normas procesales contenidas en el código, incluso asiente que ante el inconstitucional hecho consumado, los códigos procesales provinciales, y también el nacional sean adecuados a ellas. En lo que no presta conformidad es en respecto de su inclusión en el código sustantivo, puesto que *"es una cuestión de competencias de la Constitución Nacional, que es lo que hay que respetar, y no la mera conveniencia. Si la Constitución Nacional establece que las provincias conservan todo el poder no delegado en la propia Constitución al Gobierno federal y que se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas, y no fue delegado el poder de establecer normas procesales de aplicación local (conf. los arts. 121, 122 y 75, inc. 12, de la Carta Magna), el Gobierno federal no puede hacerlo, ni mediante el Poder Ejecutivo Nacional ni mediante el Congreso Nacional"*.

ejercicio de los derechos fundamentales (Fallos: 107:303; 138:157; 139:576 y 259; 141:254; 143:294; 162:376, entre otros).

En el sentido expuesto se ha dicho que si bien es cierto que legislar sobre “actividad probatoria” es inmiscuirse en la médula del proceso y regular el destino final de la justicia que puede resolver el caso; más cierto aún es que no existe impedimento para que una ley nacional tenga normas de forma (especialmente en casos donde el orden público juega un rol importante). El tal supuesto, en todo caso, se complementarán con las normas de los códigos de las distintas provincias, lo cual relativiza la implicancia que pueda resultar de esta incorporación normativa “específica”, procedimental en una legislación de “fondo”. Aquí está la función del juez, de interpretar estas normas y hacerlas intervenir en el mejor sentido de justicia; incluso declarando la inconstitucionalidad de las mismas (Salim, 2015, 2).

De otro costado no debe soslayarse que el poder reservado y las autonomías de las provincias no son absolutos, de ahí que el Congreso Nacional cuente con facultades para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos sustanciales y evitar el riesgo de desnaturalizarlas. Señala Mabel De los Santos que la inclusión de normas procesales en un código de fondo debe entenderse en el contexto de un país federal, donde las provincias se han reservado la organización de la justicia y el dictado de las normas procesales, lo que hace necesario dar homogeneidad a regulaciones procesales dispares. También da cuenta del carácter instrumental del proceso y de la necesidad de que su estructura resulte idónea para dar operatividad al derecho fondal. A ello agrega que la constitucionalización del derecho conduce necesariamente a la unificación del derecho, pues establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (De los Santos, 2017, 3).

Este nuevo paradigma de constitucionalización del derecho privado surge del diálogo de fuentes establecido en los tres primeros artículos del código –sobre los que pusimos énfasis al tratar la interpretación de la ley- quedando en evidencia la importancia de un enfoque sistémico de todo el ordenamiento legal, respecto de la cual no pueden quedar al margen cuestiones como las que se analiza en este punto. Al respecto, y a modo de pauta estándar de interpretación, en los fundamentos del anteproyecto se afirmó que se

tuvieron muy en cuenta los tratados en general y en particular los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Innova profundamente el código en este sentido, al receptar la constitucionalización del derecho privado sobre la base de una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Ahora bien, enseña Falcón⁴⁰ sobre el punto bajo epítome que luego de la reforma constitucional de 1994 no puede discutirse que las provincias dictan sus normas procesales sin perjuicio de ciertas facultades generales de la Nación, aclarando que esta injerencia de lo nacional en lo provincial debe ser muy restringida, por diversos motivos, entre ellos: a) Por la autonomía del Derecho Procesal. b) Por la existencia de códigos que el constituyente no puede ignorar y c) Por haber mantenido la materia sustancial y la procesal que consideró no delegadas en el art. 75, inc. 12° de la Carta Magna. De modo que en principio puede admitirse, pero con las restricciones apuntadas, que el Congreso Nacional puede dictar normas procesales aplicables a las jurisdicciones locales sin que ello altere por sí solo su art. 75, inc. 21.

Adviértase asimismo que, al proporcionar pautas de interpretación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación añadió que esta facultad del Congreso Nacional para dictar disposiciones de naturaleza procesal no es deliberada. Antes al contrario, tiene sus límites: debe tratarse de una regulación necesaria, específica y suficiente. Es decir, deberá fundarse en la necesidad de respetar la causa fin de la norma de fondo dentro del marco de no menos de lo necesario ni más de lo suficiente, y siempre en lo específico. Esto es, sin invadir viciosamente la jurisdicción provincial y en la medida “*en que sean razonablemente necesarias para el ejercicio de los derechos*” (Fallos 138:157).

Entonces, las normas de forma del articulado optimizan la aplicación de la normativa sustancial para el logro de su finalidad. Operan a modo de pautas unificadoras que evitan la desnaturalización o desconocimiento del derecho material receptado y aseguran la eficacia jurídica de los derechos consagrados. A esos fines y dada la

⁴⁰ FALCÓN, Enrique M., *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni- Editores, Santa Fe, 2014, p. 146.

proximidad entre ambos sistemas, como adelantamos al tratar las pautas de interpretación, deviene necesario realizar un estudio armonizador.

2.2) Aplicación inmediata de las normas procesales.

Con los años transcurridos del código, este tipo de cuestión ya no se observa con tanta frecuencia, pero a poco de su vigencia uno de los interrogantes que se planteaba era en torno a la aplicación temporal de la ley y la interpretación del art. 7 sobre el que mucho escribió la maestra Aída Kemelmajer de Carlucci.

La disposición aludida, que regula la eficacia temporal, no resuelve expresamente lo relativo al momento a partir del cual debían aplicarse las normas procesales que se incluyen, ni su aplicabilidad a los juicios en trámite. Sí dispone la irretroactividad de la ley y su aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Entonces, habiéndose omitido consignar alguna previsión específica al respecto y siguiendo el criterio histórico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe sostenerse que las normas procesales contenidas en el código resultan aplicables de inmediato a los juicios en trámite, en tanto no se invalidan actuaciones válidamente cumplidas con arreglo a las leyes anteriores (CSJN, Fallos: 211:589; 220:30; 306:2101; 241:123; 307:1018; 317:499; 323:1285; 324:1411; 326:2095, entre otros).

La jurisprudencia tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto y puntualmente en relación a la norma objeto de investigación, concluyendo que si la prueba en un proceso de daños por mala praxis médica se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial no corresponde la aplicación de la teoría de la carga dinámica prevista en el art. 1735 sino que debe regirse –en cuanto a la carga de la prueba– de conformidad con la ley procesal vigente al momento de la sustanciación del juicio, pues *“si bien las normas procesales deben aplicarse de forma inmediata a los juicios en trámite ello cede frente a principios constitucionales como la defensa en juicio y el debido proceso”*⁴¹.

⁴¹ “Sucesores de Q., E. G. c. O., J. y otro/a s/ daños y perjuicios. (s/ resp.Estado)” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III • 15/09/2015 Cita Online: AR/JUR/30111/2015.

Quadri al comentar el fallo pone de manifiesto su desacuerdo al postular: si la teoría de las cargas probatorias dinámicas se consideraba válidamente aplicable antes de la reforma, ninguna complicación habría en ponerla en funcionamiento ahora -incluso para los procesos ya en trámite- cuando existe una norma legal específica que la recepta. En tal sentido advierte que existe contradicción al admitirse que aun anteriormente a la vigencia del código era posible la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas pero pese a ello no se aplica en el caso concreto existiendo ahora una norma que la prevé. No dilucida la razón por la cual la entrada en escena del art. 1735 generaría algún tipo de compromiso a la defensa en juicio o al debido proceso⁴².

Sin embargo concebimos que el justificativo del fallo que se cuestiona radica en la posición que adopta el Tribunal en relación a la necesidad de comunicar la decisión de aplicar la carga dinámica para posibilitar a los contendientes el aporte de la prueba que haga a su defensa. Es decir, que si al entender de los magistrados la aplicación del art. 1735 queda supeditada a la advertencia que el juez formule en tal sentido, siendo que el proceso se había sustanciado antes de su vigencia, entonces la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no deviene aplicable al caso porque requiere, para entrar en juego, una advertencia previa. Sobre este tema ahondaremos en el capítulo III y, tal se verá, conducirá a diferentes conclusiones en torno a su aplicación práctica.

De otro costado, respecto de los procesos con etapa probatoria en curso o clausurada, la entrada en vigencia del CCCN configura un caso de aplicación inmediata del art. 7 ib. y, por ende, hay quienes sostienen que si el juez lo entendiera procedente por las condiciones en que se encuentren las partes en torno al acceso a la prueba, podrá disponer la inversión en el estado en que la causa se encuentre, incluso como medida para mejor proveer. El proceso en trámite engasta en una situación jurídica o relación jurídica en curso, cuya culminación será la sentencia (Vallania, 2016, 325).

En definitiva, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, las nuevas normas procesales resultan operativas respecto a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (regla de la aplicación inmediata, arg. art. 7º, párr. 1º, CCCN). Se aplica en forma inmediata también a los procesos en trámite, esto

⁴² QUADRI, Gabriel Hernán “Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial: primeras reacciones jurisprudenciales”, LLBA2015 (diciembre), 1177, Cita Online: AR/DOC/4391/2015.

es, a aquellos juicios iniciados y no concluidos o pendientes, en lo que fuera pertinente y considerando la preclusión de actos o etapas realizadas. En otras palabras, siempre que ello no implique afectar la validez de los actos procesales cumplidos o en curso de ejecución al tiempo de su entrada en vigencia – los que deben regirse por la ley anterior (regla de la irretroactividad: art. 7º, párr. 2º, ib.)- y, claro está, que no se afecten garantías constitucionales, en particular, el derecho de defensa de las partes; arts. 17 y 18 de la CN.

3) Distribución de la carga de la prueba. Aplicación facultativa o vinculante de la carga dinámica.

El art. 1735 se titula “facultades judiciales”, lo que revela cierta intención legislativa de conferir una potestad discrecional y no una atribución vinculante. Ahora bien, la facultad –consideramos- se refiere a la posibilidad de distribuir la carga de la prueba ponderando qué parte se halla en mejor situación para aportarla. Pero, una vez analizada la situación y verificadas las circunstancias excepcionales que habilitan a apartarse de los postulados clásicos, esa facultad ya no es tal sino que se transforma en una obligación. De tal modo, el juez deberá distribuir el peso probatorio atendiendo a esas particularidades.

Repárese entonces que el magistrado se limitará a estudiar las circunstancias del caso y sus situaciones particulares ponderando la posición de las partes, debiendo desde allí analizar si se configura el supuesto establecido en el art. 1735. Es decir, su aplicación residirá en verificar que en el caso se esté ante una particular dificultad probatoria respecto de una de las partes y, simultáneamente, la contraria tenga una notoria facilidad de acceder a dichos elementos de prueba para aportarlos al proceso. Verificados tales extremos, devendrá naturalmente aplicable lo dispuesto por el 1735 y no cabrá lugar a mayor discrecionalidad judicial.

En síntesis, se distribuirá la carga de la prueba no en función de lo que decida la voluntad del juez, sino a partir de la aplicación de principios y valores constitucionales al litigio particular, que deben ser debidamente ponderados el judicante a través de un análisis comparativo de la situación de los litigantes (Méndez Acosta, 2017, 8).

Una interpretación diferente que entienda que la facultad judicial refiere a la posibilidad del magistrado de decidir si distribuye o no dinámicamente la carga de la prueba verificadas las condiciones de excepcionalidad que la caracteriza, importaría avalar que se arribe a consecuencias disvaliosas por no recurrirse a ella; lo que precisamente se pretende evitar. Así también importaría que la desigualdad de las partes en torno a la obtención del elemento probatorio se enfatice aún más si no se utiliza el remedio adecuado para derribar tales obstáculos.

Entonces, la facultad que prevé la norma se limita al análisis razonable de la situación y al encuadre de la carga dinámica al caso concreto. Luego, ya no se trata de que el juez distribuya la carga probatoria sino que ésta se encuentra distribuida en función de principios constitucionales y valores incuestionables (igualdad, verdad, buena fe, justicia real) a partir de la situación comparativa de los litigantes que aquel debe evaluar para un correcto ejercicio de su función jurisdiccional. De lo contrario, insistimos, se cohonestaría un abuso y se lesionan la tutela judicial efectiva, la igualdad de las partes y el objetivo de esclarecer la verdad real en la medida factible, como indeclinables presupuestos de toda sentencia justa (Zavala De González- González Zavala, 2015, 341).

Por eso, aunque la aplicación de la carga dinámica está condicionada a extremos, y la verificación de los mismos queda librada a la valoración judicial, su concurrencia la tornan imperativa. Lo que equivale a decir, como sostienen Lorenzetti y Vallania que la decisión sobre la inversión de la carga probatoria es una facultad del juez porque, en definitiva la valoración y ponderación de la existencia de las condiciones que la habilitan quedan libradas a su prudente arbitrio.

En función de ello, y si bien algunas posiciones afirman, por un lado, que la norma prevé una facultad y, por el otro, un deber al magistrado de invertir la carga de la prueba; entendemos que la diferencia radica en un juego de palabras porque, a la postre, advertimos que arriban a la misma conclusión: la aplicación de la carga dinámica es imperativa cuando se dan los supuestos que habilitan a aplicarla. Pero al mismo tiempo, el análisis de su configuración resulta discrecional y, en ese sentido, constituye una facultad.

4) Alcance de la norma al factor de atribución. Extensión a otros supuestos.

No debemos olvidar que el legislador deliberadamente decidió incluir esta norma en el ámbito de la responsabilidad civil, luego de fijar la regla general en cuanto a que la carga de la prueba del factor de atribución y de las eximentes corresponde a quien los alega –art. 1734-. A modo de excepción e iniciando el art. 1735 con las palabras “no obstante”, dispone que el juez distribuya la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla.

Una de las preguntas que surgen luego de la lectura del artículo dentro del sistema del código es si la norma que se analiza puede ser aplicada a otros supuestos. Así redactada y de su tenor literal, se extrae que no prevé una inversión total de la carga de la prueba, ya que su campo de acción se limita solo al factor subjetivo de atribución y dentro de éste, exclusivamente a la culpa. Es decir, *ab initio*, resulta inaplicable a casos de responsabilidad objetiva, no es extensible a otros factores de atribución, ni tampoco a los otros presupuestos de la responsabilidad tales como la relación de causalidad. Entonces, únicamente podrá modificarse la regla tradicional de la distribución de la carga de la prueba cuando se trate de acreditar la culpa o diligencia, y no podrá recurrirse a ella fuera de este supuesto.

Este aspecto es de vital importancia a los fines de evitar la extralimitación en la aplicación del precepto. Indica Lorenzetti que el artículo en comentario circunscribe su aplicación en forma acotada a la prueba de un específico factor de atribución (la culpa). Es decir que su empleo no es admisible fuera de ese supuesto ya que en los demás casos rigen las reglas generales sobre los que, ya sea el factor de atribución (art. 1734), la relación causal (art. 1736) o el daño (art. 1744), la carga de la prueba recae sobre quien alega su existencia. En tanto, en palabras similares se ha dicho que la teoría de las cargas probatorias dinámicas aparece como excepción, y para un ámbito de prueba acotado: el de la culpa del agente (Herrera, 2015, 450).

El señalado fue el criterio seguido en uno de los primeros casos jurisprudenciales en que se planteó la cuestión por ante el Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 1 de General Roca que resolvió hacer lugar al recurso de reposición deducido y revocar por

contrario imperio el decreto que hacía saber a las partes que atento lo dispuesto por el art. 1735 el tribunal aplicaría un criterio de pruebas dinámicas. Ello así, toda vez que “*se circunscribe a los casos en los que exista un factor de atribución de índole subjetiva, y no es ese e supuesto del caso de marras. Así, de la exposición de los hechos y el derecho - causa- de la pretensión deducida por la accionante se puede advertir que el fundamento de la acción interpuesta ha sido el enriquecimiento sin causa (...) por ello, desde lo estrictamente procesal, a fin de evitar todo tipo de prejuizamiento sobre la cuestión debatida corresponde no aplicar al presente litigio la excepción en materia probatoria, por no darse los presupuestos que habilitan hacer jugar tal teoría dinámica de la prueba*”⁴³.

Si bien del tenor literal de la norma surge que su sentido es el expuesto, que puede compartirse o no pero fue el que la voluntad del legislador decidió, parte de la doctrina se inclina por considerar que también la relación causal, en tanto asunto previo a la indagación de cualquier factor de atribución subjetivo u objetivo (art. 1736), puede y con frecuencia debe, subordinarse a las cargas dinámicas. En su virtud, no comparten el criterio interpretativo de que el código acote la aplicación de cargas dinámicas sólo a la prueba del factor de atribución. Sin embargo, a nuestro entender, el art. 1736 resulta claro al imponer la carga de la prueba de la relación de causalidad a quien la alega excepto – que no es el caso- que la ley la impute o la presuma.

Quienes se muestran contrarios a la limitación de la norma aseveran que el art. 1735 incurre en el error de poner énfasis en la denominada “carga subjetiva”, cuando lo que se desplaza por la doctrina de las “cargas dinámicas” es, en rigor, la apreciación de las deficiencias probatorias y de sus consecuencias (De los Santos, 2016). De igual manera Zavala de González y González Zavala coinciden en sostener que también debiera aplicarse, prioritariamente, a la prueba sobre la relación causal; pues constituye inexorable antecedente de la culpa u otros factores para atribuir responsabilidad. Por ello no comparten el criterio interpretativo de que el código acote la aplicación de cargas dinámicas sólo a la prueba del factor de atribución. Máxime en tantas hipótesis donde es idéntica la prueba tendiente a evidenciar que alguien fue autor de un daño y

⁴³ Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 1 de General Roca en autos “Bonilla Jose Luis y Marquez María Silvina C/ Del Campo Gustavo Omar S/ Ordinario”, Expte N° A-2RO-618-15, 27/10/2015.

culpable y, por eso, la acreditación de culpabilidad con frecuencia absorbe una conclusión afirmativa sobre causalidad.

Por su parte, quienes resisten la posición asumida por la calificada doctrina que se mencionó arriba, han cuestionado que se proponga la aplicación analógica de las cargas dinámicas para la prueba de la relación de causalidad (Arruiz, 2018, 5). Se sostiene que ello no es posible a partir de una lectura armónica del código Civil y Comercial que contiene normas precisas para determinar la carga de la prueba en cada uno de los elementos de la responsabilidad civil. Además, *“el principio general para la prueba de los factores de atribución subjetivos es que los tiene que acreditar quien los alega, pero en estas circunstancias excepcionales de asimetría en la facilidad de acceso a la prueba entre las partes es posible distribuirla de otro modo⁴⁴.”*

Ahora bien, por nuestra parte creemos que posiblemente y con razonabilidad, el modo en que fue regulado obedece a la necesidad de excluir del desplazamiento probatorio la prueba del daño que –excepto presunciones legales o notoriedad– incumbe a quien lo invoca, aun mediante indicios vehementes que autorizan al juez a inferirlo (art. 1744). Si bien la fórmula literal puede incurrir en error al marginar el nexo causal dado que la causalidad del daño se enlaza estrechamente con la culpabilidad del agente, ésta fue la decisión del legislador y por lo tanto habrá de respetarse se coincida o no con la técnica utilizada. No creemos que sea positivo extender la aplicación de la norma a otros factores o elementos de la responsabilidad porque la negativa a esa posibilidad se encuentra expresamente legislada y es clara.

⁴⁴ ARRUIZ, Sebastián G. “La carga de la prueba de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial” RCCyC 2018 (marzo), 05/03/2018, 23 Cita Online: AR/DOC/148/2018.

CAPITULO III

COMUNICACIÓN JUDICIAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A más de los interrogantes planteados con anterioridad, no ha logrado ponerse de acuerdo ni arribado a conclusiones concluyentes la doctrina en torno al sentido y alcance del aviso previo establecido en el art. 1735. Habiendo conocido ya la disposición normativa y sentado algunas pautas de interpretación en torno a su aplicación, indagaremos en este capítulo lo referido a la “comunicación judicial”. Así, teniendo en cuenta las diferentes opiniones que surgen en torno a su carácter facultativo u obligatorio, a la oportunidad en que el magistrado puede advertir la situación y a las propuestas procesales que se formulan al respecto, arribaremos a una conclusión que permita verificar si la hipótesis sostenida en el proyecto de investigación resultaba acertada. Esto es, si efectivamente la comunicación judicial de la carga dinámica de la prueba viola o no las garantías constitucionales establecidas en el art. 16 y 18 de la Carta Magna; sin perder de vista el avenimiento de la oralidad en la justicia civil y poniendo énfasis en los principios procesales involucrados.

1) Comunicación judicial. Carácter facultativo u obligatorio del aviso previo.

Verificado por el magistrado que el caso sometido a su decisión encuadra en el supuesto excepcional de dificultad probatoria que habilitará, al momento de fallar, la posibilidad de apartarse de las reglas tradicionales de la carga de la prueba de modo tal que pueda distribuirse el peso de aportarla de forma dinámica (ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para ello⁴⁵); surge el interrogante de la comunicación judicial dispuesta por la norma. Esto es, si resulta un requisito de inexorable cumplimiento a los fines de aplicar el criterio judicial o si, por el contrario, en nada afecta que se omita dicha circunstancia. Luego, y ya una vez resuelta la duda, la siguiente

⁴⁵ Al respecto cabe reproducir las consideraciones efectuadas en el capítulo I referidas a qué se entiende por mejor situación para aportar la prueba y facilidad y dificultad probatoria.

cuestión estriba en determinar en qué oportunidad resultaría factible practicarla y de qué modo efectivizarla. Siempre teniendo en cuenta las garantías constitucionales en juego.

Las diferentes respuestas que surgen en torno a la primera cuestión (si es un requisito de necesario cumplimiento), entendemos, radican inicialmente en los términos que utiliza el art. 1735 al establecer que el juez “debe comunicar” a las partes que aplicará el criterio, pero antes comienza la oración diciendo “si lo considera pertinente”. Más allá de lo poco feliz de la redacción de la norma, ahondaremos en los argumentos que expone la doctrina para enrolarse en una u otra postura, no sin antes destacar que el aspecto que se analizará es una de las aristas de la norma que mayor discusión presenta.

En general, quienes se pronuncian por la necesidad de practicar la comunicación judicial⁴⁶ como requisito previo a la aplicación de la carga dinámica, sostienen que así se impone al resultar tal decisión una excepción a la regla probatoria establecida en el art. 1734, CCCN. Es decir que, si el magistrado considerando las circunstancias del caso entendiera que deviene aplicable –lo que hasta aquí es, con el alcance que dijimos, una facultad discrecional- entonces sí será un deber y ya no una facultad anotar a las partes de ello durante el proceso y en una oportunidad que sea suficiente y adecuada para que se adopte una conducta acorde.

Tal conclusión deriva entonces de aplicar una excepción a la regla general de la carga de la prueba establecida en la propia ley, que justifica que quien sufra la inversión tenga la posibilidad de desplegar actividad probatoria oportuna para así evitar la afectación de la defensa en juicio conforme lo vimos en los fundamentos del anteproyecto. Ello, en miras a obtener la verdad jurídica objetiva sobre elementos materiales existentes en la causa y no sobre presunciones o reconstrucciones fácticas ideales a las que se arriba mediante la sana crítica ante la ausencia de elementos de prueba suficientes.

Creemos que esta es la interpretación correcta ya que a fin de sentar posición no debe pasar inadvertida la preocupación exteriorizada por el legislador tendiente a encontrar respuesta al principal embate del garantismo (Eisner desde el año 1994 consideraba que el juez interviniente debía anticipar la distribución del *onus probandi*,

⁴⁶ Ya hace más de veinte años y desde los albores de la doctrina de la carga dinámica se pregonaba por la conveniencia de hacer saber a las partes que se aplicaría. Esa fue la conclusión aprobada en la Comisión de Derecho Procesal Civil del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Río Hondo, en mayo de 1993.

para evitar sorpresas). De allí que sostenemos que la necesidad de la comunicación judicial viene impuesta a fin de brindar solución a la crítica de que las partes recién conozcan la decisión del juez al dictar la sentencia. De tal modo se evita la tan criticada “sorpresa” respecto del contendiente que sufre un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía.

La comunicación judicial previa entendida de esta forma, viene a satisfacer tanto la proyección activista del juez como director del proceso que pregona el nuevo compendio y, a la vez, el principio de contradictorio. Sumado a que si bien nos manifestamos conformes a la aplicación de la carga dinámica con anterioridad, justo es reconocer que pese a gozar de amplia acogida doctrinaria y jurisprudencial, lo cierto es que había y sigue habiendo casos en los que su aplicación resulta opinable. Por ello no puede interpretarse que aquella parte a quien se hace pesar la carga de prueba en la sentencia podría haberla asumido espontáneamente antes, con sustento en una mera sospecha.

En tanto, el significado que cabe atribuir a la norma respecto de que el juez debe comunicar si lo considera “pertinente” no es otro que el que la pertinencia refiere al supuesto en que se considere procedente la aplicación de esta doctrina, pero ninguna duda cabe de la obligación de la comunicación que se impone como un deber.

Sobre el punto, y como vimos en los antecedentes, no debe soslayarse que el proyecto anterior de 1998 en el art. 1619 (que vino a ser reemplazado por el actual 1735) decía “comunicará”. Entonces la modificación en el sentido de que se adicionó la palabra “debe” como antecesora a la de “comunicar”, no resulta accidental y debe interpretarse a la luz de ello la intención del legislador y la finalidad de la norma. De este modo, la primera parte de la frase quiere significar que si el juez considera pertinente efectuar esta distribución excepcional, ahí entra en juego la necesidad y obligación de efectuar el aviso que habrá de ser mediante una decisión razonablemente fundada.

En el sentido expuesto en el comentario al artículo del código de Lorenzetti se sienta que *“(...) si el juez considera pertinente hacer uso de la facultad que le concede la ley, e invertir en un caso concreto la carga de la prueba de la culpa, debe hacer saber a las partes que aplicará ese criterio, de modo de permitirles ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. Es importante poner de resalto que esta*

comunicación a las partes no es una mera facultad del juez, sino que se trata de una obligación que le impone la ley. Nótese la redacción de la norma: si el juez lo considera pertinente esto es, si considera pertinente aplicar la teoría ‘debe comunicar a las partes’ (...)⁴⁷”.

En definitiva, conforme la interpretación que se adopta, el magistrado puede considerar pertinente o no que en un caso puntual se aplique la doctrina de las cargas probatorias dinámicas; empero, de considerar que corresponde aplicar al caso tal reparto probatorio, el deber establecido por el codificador radica en que está obligado a comunicar a tiempo a las partes que lo hará, a fin de permitirles ofrecer y diligenciar prueba sobre los puntos controvertidos. En función de ello se ha afirmado que *“la norma preserva debidamente el derecho de defensa del demandado en el litigio, pues establece que el juez debe comunicar a las partes que va a recurrir a esta teoría en el caso particular⁴⁸”*.

Quienes concluyen que el precepto es dubitativo en el sentido de que deja librado a la pertinencia del juez el hacer efectiva la comunicación –criticando que en tal sentido resulta contradictoria la norma al fijar inmediatamente que se “debe” comunicar-, asienten que ello permite obviar ese trámite. Sin embargo, además de que tal interpretación no luce coherente con la redacción misma que surge en el seno del articulado, más aún resulta contradictoria con la intención del legislador. A lo que se agrega que, de adoptar tal sentido el término, surgen otros inconvenientes tales como se cuestiona: *“No se suministra ninguna pauta esclarecedora para que el juez adopte dicha decisión, que se delega en su discrecionalidad (si lo considera pertinente...), con el consiguiente peligro de soluciones azarosas, infundadas y discriminatorias⁴⁹”*.

Así también se ha sostenido que si se considera que la comunicación judicial constituye un requisito de necesaria observancia, deviene inadmisibles que la decisión justa de una controversia quede “sometida a una formalidad”⁵⁰ con exceso ritual manifiesto. Tal entendimiento desconoce que las formas no están establecidas por la

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo VIII , Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015. Comentario del art. 1735, p.461.

⁴⁸ HERRERA, Marisa- CARAMELO, Gustavo- PICASSO, Sebastián (directores). “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” 1a ed. Bs. As., Infojus, 2015, p. 450.

⁴⁹ ZAVALA DE GONZALEZ Matilde- GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo. Ob. Cit. p. 341.

⁵⁰ SPROVIERI, Luis E. “Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas”, *ED*, 179-1012 y ss.

formalidad misma sino que, a más de brindar orden al proceso, resguardan las garantías de las partes. En tanto, la presencia de un exceso ritual manifiesto, esto es, de una “hipertrofia de las formas en desmedro de la verdad sustancial⁵¹”, ha continuado siendo razón suficiente para descalificar decisiones dictadas por magistrados judiciales, pero además de que habrá de analizarse el caso concreto teniendo en miras la seguridad jurídica, ello no autoriza *per se* a la tacha anticipada del requisito para hablar de la justicia del caso. Menos aún cuando su imposición surge a colación del resguardo del debido proceso.

Para Berizonce y Peyrano corresponde responder de modo negativo el interrogante de si el juez debe alertar a las partes toda vez que, en definitiva, aquella adjudicación excepcional de la carga de la prueba de modo dinámico o fluyente responde al catálogo de las potestades judiciales⁵², y si bien no desconocemos que se trate de una facultad judicial, tampoco debe soslayarse la finalidad de la norma de hacer saber a las partes de antemano a qué reglas habrán de someterse, posibilitando que diseñen una estrategia defensiva que haga al ejercicio de su derecho de defensa en juicio. Ya en el año 2004 Peyrano había dicho que no correspondía exigir dicha anticipación al juez, por ser difícilmente practicable y, además, por tratarse de una doctrina que ya no puede considerarse sorpresiva.

Por su parte, para Alterini no resulta acertada la redacción de la norma en cuanto otorga al juez la “facultad” de comunicar a una de las partes acerca de que sobre ella recaerá el mayor esfuerzo probatorio “*Dicho 'alerta' puede suscitar una compleja problemática procedimental y darle oportunidad al litigante malicioso para que concrete sus designios*”⁵³.

Como aseveramos, no dudamos que el código no ha previsto a dicha comunicación como un acto meramente facultativo, sino que lo ha entendido como un “*iter de necesario tránsito*” –en palabras de Méndez Acosta- que deliberadamente se ha impuesto como un deber. Sin embargo, dada la disposición que impone la ley, he aquí

⁵¹ CARRIÓ, Genaro R. “Exceso ritual manifiesto y garantía constitucional de la defensa en juicio” Revista del Centro de Estudios Constitucionales, ISSN 0214-6185, N°. 7, 1990, págs. 57-77.

⁵² ARAZI, Roland, BERIZONCE, Roberto O. y PEYRANO, Jorge W., “Cargas probatorias dinámicas”, LL 1/8/2011, AR/DOC/2379/2011.

⁵³ ALTERINI, Horacio J., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado - Tratado exegético”, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. VIII, pág. 161

donde se plantea otra de las controversias. Por un lado, como dijimos, se encuentran satisfechos quienes sostienen que la comunicación judicial previa evita un desequilibrio procesal y la posible conculcación del derecho de defensa respecto de quien, a la postre, resultará gravado con la carga que por efecto del dinamismo, se trasladó sobre su cabeza. Pero por otro, no se han logrado armonizar las opiniones al respecto toda vez que hay quienes (para nada conformes) opinan que la comunicación judicial previa lesiona garantías constitucionales al conferir a uno de los litigantes el privilegio de saber qué decidirá el juez si no prueba, sobre ello nos explayaremos a seguir.

2) Análisis *ex ante* o *post facto*.

Determinado entonces, a nuestro entender, que la disposición normativa prevé la necesidad del aviso previo; el siguiente punto a despejar es en qué oportunidad procesal habrá el juez de comunicar (¿cuándo?). Si bien también habremos de buscar solución a los interrogantes del contenido de la comunicación (¿qué se debe comunicar?) y a la manera en que se habilitará a las partes a ofrecer y producir la prueba respectiva -con la debida antelación- (¿cómo?). Consideramos que todas las cuestiones se relacionan pero, de manera primigenia, deben exteriorizarse las discrepancias que surgen en torno a la posibilidad que tenga el magistrado de advertir que la carga dinámica podría resultar aplicable al caso que tenga en sus manos.

Algunos afirman que la oportunidad procesal de la comunicación será luego de trabada la *litis* en el decreto de apertura a prueba (Salim, 2015, 49), dejando a salvo los casos en que la prueba se ofrezca con la demanda o contestación, en los que el juez deberá usar sus atribuciones y ordenar el proceso (Rivera- Medina, 2015, 1139). No obstante, algunos no logran visualizar de qué modo tan tempranamente el magistrado podría predicar que va a utilizar la teoría de la prueba dinámica si en ese estadio todo el material probatorio se encuentra pendiente de producción: tan premura comunicación haría incurrir al magistrado en prejuizamiento (Baracat, 2015, 141).

En otras palabras, se critica que antes de estudiar la causa, el juez no sabe si podrá fallar aplicando las reglas clásicas o si el contexto del asunto y la situación de las partes

alteran el peso probatorio de otra manera. Por lo común, ello sucede al momento de dictar sentencia resultando impracticable que el magistrado aleccione antes respecto de cómo fallará en defecto de alguna acreditación. En su caso, si el juez resuelve aplicar la teoría permitiría la ampliación de la prueba ofrecida y por tanto la reedición de la etapa de prueba con grave prolongación de los procedimientos (Kielmanovich, 2014, 1) lo que llevaría a una posible violación de la economía, la preclusión procesal, el debido proceso, la defensa en juicio y la igualdad ante la ley.

Sobre tales cuestionamientos relacionados a que resulta aventurada una comunicación en el transcurso del proceso con fundamento en que recién al analizar la prueba el juez se encuentra en condiciones de decidir la cuestión, cabe recordar que en estos supuestos la carga de la prueba no está señalada de antemano, y es dinámica porque dependerá de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y de la mayor o menor posibilidad y dificultad de cada parte de conseguir el elemento de prueba. A partir de allí, que entendemos que tales cuestiones pueden analizarse una vez cerrada la etapa introductoria (demanda y contestación) y si bien en los albores quizás no pueda determinarse en forma condicionante que la carga dinámica será aplicada al fallo; sí puede distinguirse que se trata de un caso que encuadra en la situación de excepción al encontrarse una de las partes en mejores condiciones de aportar la prueba.

Quizá la postura a la que se le dificulta comprender de qué manera -tan prematuramente- pueda practicarse la comunicación, hace depender el dinamismo de la costumbre de analizar la dificultad probatoria al momento de dictar la sentencia y en función de los elementos probatorios ya producidos (lo que así resulta en la carga de la prueba como criterio de valoración). Ahora bien, la carga de la prueba como regla de actividad para las partes sí puede imponerse atendiendo a las circunstancias particulares en que se encuentren respecto de la obtención de los elementos de prueba, debiendo ser advertidas de ello -tal se dispone actualmente- por imperativo legal.

Si algunos ordenamientos como el de Colombia han previsto en la letra fría de la norma casos particulares que configuran “la mejor situación para probar”, cuanto más puede advertirse la configuración de su existencia con el expediente en la mano en que pueden analizarse los pormenores de las hipótesis planteadas. A esos fines habrá de enfatizarse la atención de los intervinientes en la causa desde los primeros escritos de la

instancia a fin de advertir –las partes y solicitar un pronunciamiento al respecto- y ponderar –el juez- posiciones.

Al formular la distinción de los momentos de análisis se ha afirmado que por más empeño que se ponga, no se trata de apreciar prueba producida sino de una evaluación *a priori* de situaciones de hecho de las partes con relación al acceso al material probatorio que todavía no se ha aportado, situación que puede surgir obvia del expediente o bien ser puesta en conocimiento del juez fundadamente por aquella interesada. La otra concepción deriva de partir del presupuesto errado de que la inversión se evalúa en la sentencia porque así ha venido efectuándolo la jurisprudencia, pero tal modalidad ya no podrá ser efectuada, so pena de nulidad. Esto último, en cuanto la comunicación previa viene impuesta como un deber para el juez y no como una mera facultad (Vallania, 2016, 325).

A los fines de una correcta interpretación no debe dejarse de lado la actuación requerida a los jueces, el avenimiento de la oralidad, y tal como venimos mencionando, la reformulación de los principios procesales. En los despachos ya no hay magistrados que se interiorizan del expediente solo al fallar, vemos jueces involucrados, inmiscuidos, presentes en cada circunstancia y con un conocimiento y análisis particular de los casos que en la medida de las posibilidades permite advertir este tipo de cuestiones. Éste es el nuevo perfil de juez que se demanda y requiere, y si bien el precepto no alude a una etapa procesal o a un trámite determinado, sí prevé que la comunicación deba vertirse y ello “durante el proceso” por lo que cuanto antes se analice el contexto del asunto, sus contingencias y la situación, será mejor. Claro está que habrá de serlo con anterioridad a la decisión. Ya detallaremos las diferentes propuestas procesales que pueden formularse al respecto.

3) Qué se debe comunicar.

Si bien entre las hipótesis pueden presentarse casos estándares respecto de la aplicación de la carga dinámica (vgr. mala praxis), también resulta viable que en algunos no sea tan sencillo establecer *a priori* a quién le incumbe el peso probatorio de un determinado hecho –lo que ratifica la necesidad de la advertencia-. Ahora bien, luego del

análisis detallado que haga el magistrado, conforme la redacción del artículo y de su tenor literal, surge que lo que debe comunicar es la distribución del *onus probandi* del factor subjetivo de atribución teniendo en cuenta la mejor situación de las partes para aportarla.

A los fines de echar luz sobre la fórmula, creemos que la comunicación a las partes no es necesariamente de la aplicación de dicha distribución sino que se circunscribe a avisar a las partes que se advierte la existencia de circunstancias suficientes que permitirán aplicar la carga dinámica por no encontrarse los contendientes en idéntica situación respecto de la posibilidad aportar material de prueba al proceso, deviniendo posiblemente aplicable a la postre -al momento de resolver- lo dispuesto por el 1735.

En otras palabras, se pondrá en claro que se advierte que una de las partes se halla en mejor situación para probar –con el alcance que establecimos- y, por tanto, se comunica que al momento de decidir se podrá distribuir la carga de la prueba ponderando dicha circunstancia. Es que, tanto puede suceder que se realice la comunicación previa y, pese a ello, el juez culmine decidiendo en base a los postulados clásicos. Cuanto puede suceder también, a la inversa, que inicialmente se entienda que no se cumplen los recaudos necesarios para aplicar la regla de excepción, y posteriormente se entienda que si corresponde hacerlo, en cuyo caso se habrá de comunicar y otorgar a las partes la posibilidad de producir la prueba pertinente.

Sea cual fuere la decisión, sí resulta necesario que la misma sea justificada, lo que no se satisface con la mera referencia a los textos legales y citas doctrinarias, pues debe proporcionar a las partes pautas claras. Es decir que, tal se concluyó en las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín de octubre de 2016⁵⁴, la aplicación de la doctrina de la carga dinámica debe ser acompañada en cada caso concreto por la motivación especial referida a la presencia de las circunstancias de hecho y de derecho que la tornan procedente.

En definitiva, entendemos que el comunicado si bien necesario, no resulta vinculante y, además, habrá de expresarse mediante una decisión razonablemente fundada para posibilitar a las partes cuestionarla. Sin embargo, de la propuesta procesal que se formulará –teniendo en consideración el auge de la oralidad- emerge que la

⁵⁴ Comisión 5. Derecho Procesal: “Cargas Probatorias y cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial”.

cuestión puede quedar sumergida en el plan de trabajo probatorio del Tribunal y las partes y, por tanto, decidida de consuno entre los intervinientes.

Por lo demás, como se refirió, creemos que cabe la posibilidad de que la comunicación sea advertida de oficio o que también las partes puedan solicitar un pronunciamiento al respecto. Ello, a fin de poder conocer con anticipación como se valora la situación de las partes frente a los elementos de prueba, que redundara en beneficio de todos los contendientes dado que conocerán las reglas a las que podrán someterse.

4) Oportunidad. Propuestas procesales.

Correctamente la norma no se ha inmiscuido en la forma en que habrá de efectivizarse la comunicación, no establece una oportunidad o etapa concreta, siendo el único límite que la decisión sea anterior a la sentencia. Esta cuestión sí quedó reservada al ámbito de las competencias provinciales y sin perjuicio de que creemos que fue una decisión de política legislativa acertada, en la práctica se evidencian obstáculos debido a que los códigos procesales no prevén este tipo de situación. Aún más, a casi cuatro años de la vigencia del código, la gran mayoría no ha adoptado los cambios necesarios a fin de readecuar sus formas a las nuevas disposiciones.

De lo expuesto se sigue que el trámite a los fines de hacer efectivo el deber impuesto queda librado al criterio del magistrado y de allí la incertidumbre que genera la falta de una norma procesal que lo aleccione al respecto –y también a las partes-. Ello implica que el justiciable desorientado vacile entre tantas posibilidades como jueces haya.

Entonces en este estado actual, en que el juzgador debe pronunciarse antes de la sentencia, corre por su cuenta arbitrar las medidas necesarias para adaptar el procedimiento local a los requisitos que menciona el artículo, circunstancia que trae inconvenientes debido a la multiplicidad de criterios que pueden surgir. Sin embargo, la cuestión está evidenciado una paulatina unificación mediante los protocolos de gestión de los procesos civiles orales que se vienen dictando en las distintas provincias en el marco del cumplimiento de los objetivos del Programa Justicia 2020 y en forma gradual.

Previo a adentrarnos en las propuestas procesales que pueden surgir, destacando - como dijimos- que el análisis de la situación no es al momento de fallar sino antes del dictado de la resolución (*ex ante facto*), no debe soslayarse que de la redacción de la norma no cabe duda alguna que en cualquier caso y sea cual fuere el tipo de proceso de que se trate será necesario comunicar. Corolario de ello se impone la habilitación a las partes para que a partir del aviso ofrezcan y produzcan la prueba que haga a su derecho a fin de dilucidar la cuestión que se debe acreditar por aplicación del principio de facilidad probatoria, so riesgo de una decisión adversa a sus intereses. Como contrapartida resulta necesario ser cauteloso y lograr la finalidad del dispositivo con premura puesto que mientras tanto juega también la preclusión procesal.

4.1) Audiencia preliminar. Oralidad y rediseño de la justicia.

Siendo que lo importante es que la comunicación se produzca antes de la producción de la prueba, la propuesta principal –y entendemos óptima- es que la misma se efectivice en una audiencia preliminar, que si bien no ha sido incorporada en los códigos de rito de todas las provincias, está cobrando protagonismo con la oralidad del proceso civil.

Tan vertiginoso es el cambio que se está viviendo a nivel procesal que en el transcurso de la formulación del proyecto y la presentación de la investigación, numerosas normas que impactan en el rol del juez y la función judicial se vieron puestas en práctica. Ello, sin duda alguna, influye en la reformulación de los principios procesales que (como dijimos al inicio) responden a circunstancias históricas, políticas y sociales vigentes en la comunidad de que se trata. En particular, con la instauración de la mediación judicial previa al acceso a la jurisdicción se propende un ámbito de acercamiento entre las partes en el que, de antemano, se ventila lo que con posterioridad será objeto de la litis.

Luego, la implementación de la oralidad implica que el magistrado purgue y oriente la actividad probatoria fijando tareas en conjunto con las partes para su producción. Lo que era inimaginable empieza a palpase como resultado de un plan en el

que todos intervienen y cumplen un rol proactivo tendiente a generar agilidad en el proceso a fin de la obtención de una respuesta jurisdiccional rápida y económica que beneficie a todos.

En este marco, fue precursor el CPCCN al fijar en su art. 360 la audiencia preliminar a desarrollarse, indefectiblemente, en presencia del magistrado⁵⁵. Casi en idénticos términos la contempla el art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de Catamarca, y también se dispone, entre otros, en La Pampa, Mendoza, San Luis, Córdoba y Buenos Aires. En ésta última, el proyecto de implementación de la oralidad en procesos de conocimiento del fuero civil y comercial de la Ciudad de Buenos Aires se produjo a principios de julio de 2016 a través del impulso del Programa Justicia 2020 que tiene como objetivo una justicia cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente. Y plantea “rediseñar el rostro de la justicia argentina” reduciendo plazos, controlando la duración el período de prueba. Todo ello, desde un pensamiento conservador generaría la postura de una intromisión que va mas allá de la disposición de las partes, impensada para el sistema dispositivo tradicional.

En caso de no lograrse una solución alternativa del conflicto en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar, el protocolo de gestión de la prueba de la Ciudad de Buenos Aires, establece que en esa misma oportunidad se determinarán los hechos conducentes y controvertidos sobre los cuales versará la prueba (art. 362 CPCCBA), se abre a prueba la causa e implementa el plan de trabajo donde se establecerá puntualmente la conducta que deberán seguir las partes, los letrados y el juzgado para su cumplimiento. Asimismo, corresponde evaluar en dicha instancia, si cabe aplicar la carga dinámica de la prueba y comunicárselo a las partes (art. 1735).

Específicamente se dispone que: *“El criterio adoptado deberá estar fundado y se deberá permitir a la parte sobre la que recaiga una exigencia especial probatoria, la producción de elementos de convicción que hagan a su defensa (art. 34, inc. 5a CPCCBA). En el supuesto excepcional de que esto ocurra, se debe otorgar un plazo de cinco días para cumplimentarlo o bien fijar nueva audiencia en el plazo de cinco días*

⁵⁵ Art. 360, CCCN contempla que el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable y en tal acto –entre otros-: invitará a las partes a conciliar; si alguna de ellas se opusiere a la apertura a prueba se pronunciará al respecto; fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba; proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles.

*donde deberán ser ofrecidos los medios probatorios, siempre que en el mismo momento no pueda cumplirse con ello, ya sea con ofrecimiento espontáneo de testigos, pericial de la especialidad concreta, etc.*⁵⁶”.

Por su parte, Córdoba mediante la sanción de la Ley 10.555 publicada el 24/08/2018 modificó el procedimiento para juicios de daños y perjuicios que por su cuantía tramitan por juicio abreviado conforme Lp 8465, estableciendo para los mismos el proceso oral por audiencias.

Puntualmente en el tema que nos ocupa, en el art. 3 inc. f) de dicha normativa se dispone que en la audiencia preliminar el juez *“De acuerdo a la naturaleza de las cuestiones a probar y la legislación de fondo, podrá distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla*⁵⁷”. Es decir, mediante tal estipulación, el legislador brinda una respuesta concreta tendiente a dar forma a la disposición prevista en el art. 1735, CCCN.

Así también mediante Acuerdo Reglamentario N° 1550 Serie “A” dictado por el Tribunal Superior de Justicia de dicha provincia, el 19/02/2019 se aprobó el Protocolo de Gestión del Proceso Civil Oral, fijando pautas que unifican criterios y modalidades en torno a la aplicación de la ley referida. A esos fines, establece que en la audiencia preliminar la tarea del juzgador comprenderá además de intentar arribar a un acuerdo, si no se logra: proveer las pruebas que sean pertinentes, conducentes y útiles, para luego proponer un plan de trabajo y gestión respecto de las admitidas, de manera que las partes asuman un compromiso con la producción oportuna de la prueba. De allí se advierte que el juez procede como un cabal director del proceso y lo organiza, junto con las partes, teniendo en la mira su desenlace final: la sentencia.

En este ámbito, la intermediación del juez genera confianza y son las partes quienes se ponen de acuerdo en la prueba a producir y sobre quien recaerá la carga de aportar cada elemento. Es por ello que todos estos instrumentos normativos se animan a más,

⁵⁶ SOTO, Andrés Antonio Soto - ESEVERRI, Ana Mabel, “Protocolo de gestión de la prueba en: Nueva Gestión Judicial, oralidad en los procesos civiles” dirigido por Héctor M. Chayer; Juan Pablo Marcet. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018. Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-4196-29-3, p. 69.

⁵⁷ Establece en principio la oralidad para los procesos de daños y perjuicios por juicio abreviado y deja abierta la cuestión para los que en el futuro se dispongan, como así todos aquellos en que sea solicitado por las partes. Se está implementando una prueba piloto en algunos Tribunales y circunscripciones a partir de la cual se irá expandiendo en forma gradual.

teniendo en cuenta principalmente eso, el trabajo conjunto y el acuerdo entre los contendientes. Sin perjuicio de ello y admitiendo que no siempre las partes están bien predisuestas, en el Protocolo de Gestión en el punto d) del acápite b. “audiencia preliminar” se fija en términos análogos a los de la ley que el juez *“De acuerdo con la naturaleza de las cuestiones a probar y la legislación de fondo, podrá distribuir la carga de la prueba”*, resultando una disposición más aventurada al hacer referencia directamente a la naturaleza de la cuestión a probar y no del rol de las partes ni de quién la haya invocado.

Como adelantamos, La Pampa también ha hecho foco en la oralidad en la audiencia preliminar, quedando librada a la iniciativa del juez la realización de la audiencia de vista de causa (o audiencia complementaria en otros sistemas). San Luis está avanzando en la oralidad en el proceso y Formosa incluye entre sus dependencias judiciales a la Oficina de Gestión de Audiencias como apoyo a una exitosa experiencia piloto en curso. Es decir, si bien la primera dificultad en torno a la comunicación prevista en el art. 1735 radica en que no en todos los sistemas se cuenta con una audiencia de este tipo, no puede desconocerse que resulta de tendencia actual que la misma se vaya instaurando.

En definitiva, en la audiencia el juez hará saber a las partes si existen circunstancias especiales que lo habilitarán a aplicar la carga dinámica de la prueba al decidir, a fin de que lo tengan en cuenta en el ofrecimiento y producción de la prueba. A esos efectos y ante tal situación se dará la posibilidad de ampliar el ofrecimiento de prueba.

La audiencia preliminar concluye con el proveído que admite la prueba que a más de ello constituye, iteramos, un verdadero plan de trabajo en donde las funciones se encuentran distribuidas: cada parte se compromete a aportar cierto material y se acuerda con cada una fechas claras y factibles. Como se advierte, la carga de la prueba ya no resulta algo incierto; es un tema conversado, puede ser discutido, y habría de quedar claro desde el inicio de conformidad a todas las herramientas con las que se cuenta.

4.2) Procesos tradicionales escritos.

Si bien la anterior es la opción más conveniente, no desconocemos que nos circunscribimos a un cambio gradual en donde resulta coetánea la oralidad con los procesos escritos. En tal circunstancia, en los casos en que la prueba se ofrece después de la demanda y contestación –juicios declarativos ordinarios-, para algunos, sería favorable que el juez se pronuncie sobre la cuestión luego del primer ofrecimiento, dando oportunidad a las partes para que en ese momento puedan plantear las cuestiones vinculadas a la dificultad de acceso.

Así se ha dicho que la oportunidad procesal de la comunicación será luego de trabada la *litis* en el decreto de apertura a prueba (Salim, 2015, 49). En similar sentido para Rivera, si el juez exige esta inversión probatoria lo comunicará en el decreto de apertura a prueba luego, claro está, de contestada la demanda⁵⁸.

Por nuestra parte, entendemos que resulta mejor que lo haga luego de los escritos introductorios (demanda y contestación) pero previo a la apertura a prueba para que los intervinientes reajusten sus ofrecimientos de conformidad a ello. Es decir que a diferencia de decretar “*ábrase la causa a prueba por... [la cantidad de días]*” sería mejor no concentrar ambas decisiones (abrir a prueba y practicar la comunicación prevista en el art. 1735) sino primero proveer el aviso previo en donde el magistrado exprese los motivos y fundamentos por los que considera que en el caso se configuran las circunstancias que habilitarán la aplicación de la carga dinámica de la prueba y luego, una vez firme el mismo, sí el Tribunal se vería habilitado a decretar la apertura a prueba.

Si bien, a los fines de la celeridad del proceso, resulta beneficiosa la concentración de actos procesales, principalmente el fundamento de la propuesta radica en la confusión que podría acarrear algún cuestionamiento intermedio si alguna de las partes asiente la decisión y readecúa su ofrecimiento de prueba en tal sentido y la otra simultáneamente no está de acuerdo y cuestiona la comunicación. Además, deben considerarse los inconvenientes que podrían surgir respecto del inicio del cómputo de plazo de prueba – común- y la suspensión del mismo.

⁵⁸ RIVERA, Julio - MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. IV, pág. 1139.

Lo dicho, sin perjuicio de que el magistrado pueda decidir la cuestión con un procedimiento más avanzado en la medida que la imposibilidad de acceso se configure y conozca con posterioridad a la etapa procesal indicada. La norma es amplia y si bien cuanto antes comunique el juez la decisión será más favorable para todos, el límite temporal establecido es “durante el procedimiento”, con lo cual se habilita a aplicarla en cualquier momento siempre y cuando lo sea con anterioridad al dictado del decisorio final -la sentencia-.

En el supuesto que inicialmente no se advierta la situación de dificultad probatoria, mientras más avanzado se encuentre el proceso habrá mayores elementos de ponderación que podrán echar luz en los casos difusos: el principio de buena fe procesal, la negligencia probatoria y los intereses en juego en el caso concreto. Sin embargo, resultará indispensable para el juez practicar una evaluación teniendo en cuenta otros principios procesales para intentar un equilibrio entre los que se encuentren involucrados, en cuyo caso, habrá de decidir conforme su criterio de valoración de la preponderancia de cada uno de ellos. Al decir de la doctrina, el fin loable que es garantizar la defensa en juicio se desvanece en la medida que ello implique afectar la celeridad y economía de los trámites ya que si el juez resuelve aplicar la teoría de las cargas dinámicas deberá, a estar a los términos del artículo, permitir la ampliación de la prueba ofrecida en la demanda y su contestación y por tanto la reedición de la etapa de prueba con grave prolongación de los procedimientos (Kielmanovich, 2014).

En virtud de lo expuesto, si bien se ha propuesto que se otorgue un período suplementario antes de la etapa discusoria -alegatos- o, incluso, si la causa estuviese a fallo como medida para mejor proveer (frente a una situación de imposibilidad cierta que surja de la causa y que no pueda haber sido salvada con anterioridad); consideramos que de una valoración integral y conforme al diálogo de fuentes -al que una y otra vez cabe remitir-, la amplitud del límite no puede favorecer circunstancias que configuren un abuso del proceso ni contrarias a la buena fe procesal y a la preclusión. Es por ello que en dicha situación avanzada cualquier decisión que se adopte será cuestionable y, en ocasiones, se puede estar supliendo la negligencia de las partes, adelantando opinión o afectando la imparcialidad.

No debemos olvidar que la aplicación de la norma puede ser definida a instancia de las partes y, en caso de duda, habrá de inferirse que no se configuran las circunstancias excepcionales que la habilitan. Sumado a que en la decisión de los casos, otros fundamentos pueden justificar la justicia de la resolución y la morigeración de la carga de la prueba pese a no recurrirse a la figura bajo estudio, aunque sí acudiendo a las reglas de la sana crítica racional, presunciones legales y judiciales, y a principios procesales básicos –buena fe, colaboración, etc.-.

Por su parte, alguna doctrina considera que ya abierta la causa a prueba y ordenada la producción de la ofrecida por los litigantes, el principio de preclusión procesal impediría hacer uso de esta facultad⁵⁹. También se ha dicho que podría plantearse que sea en Cámara de Apelaciones y no en primera instancia que se considere que la prueba debería distribuirse en orden a quien se encuentra en mejores condiciones de probar. Empero, consideramos que una posición peca por defecto y la otra por exceso. A nuestro entender, el sentido del límite temporal de la comunicación establecido como “durante el proceso” no puede ser otro que la sustanciación del juicio en primera instancia en donde se produce casi la totalidad de la prueba, siempre que lo sea con anterioridad a la resolución definitiva –lo que incluye, bajo un análisis más riguroso a la luz de los principios procesales, las etapas posteriores a la producción de la prueba-. En tanto, la propuesta de permitir esta ampliación en la alzada, redundaría en complicaciones y contradicciones con la preclusión y economía procesal (principalmente).

4.3) Juicio abreviado.

En aquellos códigos que prevén algún tipo de proceso (vgr. abreviado) en el que el ofrecimiento de la prueba se practica con la demanda y contestación, la propuesta anterior deviene inviable. Corresponderá al juez como director, haciendo uso de sus facultades instructorias, tomar las medidas necesarias para poner en práctica las disposiciones del artículo. En este sentido sostiene Rivera que si el ofrecimiento de prueba (donde nace la

⁵⁹ HERRERA, Marisa- CAMELO, Gustavo- PICASSO, Sebastián (directores). “Código Civil ...” cit., p.450.

carga probatoria) es con los escritos introductorios, el juez debe usar sus atribuciones para ordenar el proceso.

Por supuesto que, manteniendo la misma línea de pensamiento expresada, convendrá decidir la cuestión antes de proveer la ofrecida –y no en el mismo decreto-. En tal resolución el juez podría comunicar los fundamentos por los que se configura un caso susceptible de aplicación de la carga dinámica de la prueba, otorgando a las partes un plazo suplementario para ofrecer los elementos acreditantes. Claro que no habrá de ser una nueva oportunidad para salvar errores sino que tal ofrecimiento deberá circunscribirse a la acreditación del factor subjetivo de atribución o de haber actuado con la diligencia debida, con lo cual será ardua la tarea del Tribunal para pronunciarse respecto de la admisibilidad de la prueba.

Ahora bien, en el supuesto que, con el libelo inicial de la demanda surja a todas luces que la teoría devendría aplicable, podría evitarse un paso para así al proveerse la misma y previo a que accionada evacúe el traslado, tome conocimiento de la situación. En esta orientación se ha propuesto como modelo base de “primer despacho juicio de conocimiento” –con lo cual no se distingue el trámite ordinario o abreviado - el siguiente proveído: *“En este estado del proceso, y con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica a los litigantes, se estima conveniente hacer conocer cuál es el criterio que se adoptará para los casos en los que una de las partes se halle en mejor situación de probar. De conformidad con lo prescripto por el art. 1735 CCyC, las partes del presente proceso podrán ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa y no tan solo respecto de lo que alegan. Hágase saber al actor que deberá agregar en la cédula de traslado el anoticiamiento ut supra indicado⁶⁰”*.

Sin embargo advertimos que el decreto transcrito no luce debidamente fundamentado. En efecto, si bien comunica el criterio, solo refiere a una fórmula genérica que nada dice en relación a un análisis particular de si se considera que alguna de las partes se encuentra en mejor situación para probar ni por qué motivos así sería. Y eso es, justamente, lo que habilita luego a un control de razonabilidad para poder cuestionar el

⁶⁰ ESEVERRI, Ana Mabel, “Modelos de proveídos judiciales en: Nueva Gestión Judicial, oralidad en los procesos civiles” dirigido por Héctor M. Chayer ; Juan Pablo Marcet. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018. Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-4196-29-3, p. 69.

correcto encuadre del caso. Es decir, creemos que de formularse de esta manera el aviso previo, no se satisface con el cumplimiento ni con la finalidad de la norma.

Una análoga propuesta se enuncia en la provincia de Mendoza al proyectarse como modelo de proveído, con el traslado de la demanda, el que establece: “*Hágase saber a las partes, que en caso de que el Tribunal así lo estime pertinente, será de aplicación al sublite el art. 1735 CCyC, en cuanto dispone (...) [transcripción textual del artículo] (arts. 46 del CPC y 7 CCyC)*⁶¹”. Idéntica tesitura a la expresada en el párrafo que antecede cabe respecto de la utilidad práctica del decreto que se propone. Es que, aún con mayor déficit que el anterior, transcribe textualmente la norma y utiliza una fórmula estandarizada que en lo absoluto considera el caso particular, no resguarda el derecho de defensa de las partes –propósito principal de la sanción del artículo- y, antes al contrario, podría generar aún más incertidumbre y duda para las partes en relación a la eventualidad de la configuración del supuesto. Este tipo de proveídos son los que en la mayoría de los casos se dictan, sin advertirse otros más completos o pormenorizados en torno al análisis del caso concreto. Sin perjuicio de ello como se refirió supra, ahora en los protocolos de gestión de los procesos orales sí se proporcionan pautas más claras que, creemos, propenderán a unificar criterios.

En definitiva, y volviendo al asunto puntual de los juicios declarativos abreviados o aquellos especiales que concentren el ofrecimiento de prueba con los escritos introductorios, se infiere que necesariamente habrá de otorgarse un plazo o etapa adicional a fin de ordenar el proceso en atención a la norma de fondo sancionada y hasta tanto se unifique la modalidad cuando los códigos de rito formulen una propuesta concreta al respecto. Ello, sin dejar de resaltar que una decisión oportuna, sea cual fuere el tipo de proceso de que se trate, es la que mejor se adecúa al principio de verdad jurídica objetiva y ratifica el carácter del juez como director del proceso, interpretado a la luz del nuevo perfil que del mismo se requiere.

Finalmente, a efectos de evitar que los recursos y objeciones que se susciten al respecto lleven a mayores dilaciones del trámite, entendemos que -tal las reglas del juicio

⁶¹ALAMO, Roxana, “Modelos de proveídos y de aplicación práctica del Protocolo de gestión de la prueba en Mendoza en: Cambio organizacional y gestión oral del proceso civil” dirigido por Chayer, Héctor M. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones SAIJ, 2017. Libro digital descarga y online ISBN 978-987-4196-10-1, p.68.

abreviado-, el tratamiento del agravio que se invoque quedará diferido al analizarse la impugnación de lo principal.

5) Consecuencias prácticas de la omisión de comunicar. Utilidad de la norma.

Como partimos de la premisa que es obligatorio practicar la comunicación judicial para poder aplicar el art. 1735, ahora cabe preguntarnos qué sucede en el caso de omitirse dicho requisito.

Las dos posturas que surgen se encuentran íntimamente ligadas a la determinación de la necesidad o no del aviso. Para quienes no resulta necesario sostienen que como la operatividad de la carga probatoria dinámica goza de sólido apoyo y consolidada recepción, la norma es superflua. En forma férrea afirman que el requisito previsto en modo alguno condicionará la aplicación de la carga dinámica y en ningún caso se podría revocar una decisión con motivo de omitirlo. Si así no se interpreta, se consumaría la iniquidad de juzgar a favor de quien se encontraba en mejores condiciones para aportar elementos probatorios, y no lo hizo sin razonable explicación. Como contrapartida, se lastima injustamente la situación del impedido de probar, con afrenta a la directiva igualitaria de no imponer una carga a quien no puede satisfacerla⁶². Sobre tal radical cuestionamiento ahondaremos en el punto siguiente dada la entidad de las garantías constitucionales involucradas.

También se señala, bajo tal entendimiento, que defender la inaplicabilidad del dinamismo probatorio si no se anunció a los litigantes, enervaría el carácter meramente facultativo que se atribuye a la comunicación judicial en cuestión; pero si no se asigna algún efecto jurídico por su omisión, se habría insertado una disposición *inútil*. Lo cual trasunta una contradicción inicial en los propios términos del precepto (Zavala de González, 2016).

La crítica expresada se justifica en un sistema netamente dispositivo, pero no tiene andamiaje con la nueva reformulación del sistema ni con el nuevo perfil de juez que se pretende. Además, la contradicción señalada por la doctrina en el párrafo que antecede

⁶² SPROVIERI, Luis E. “Audiencia...” cit. p 179 ss.

parte de una errónea concepción de lo que se entiende por “facultad” que, como dijimos, no se circunscribe a decidir si se comunica o no cuando se considere pertinente, sino que se refiere a la facultad de recurrir a la situación excepcional de la carga probatoria dinámica en supuestos de prueba difícil.

Por ello, de otro costado y en el sentido de interpretación que consideramos correcto, se concluye que el juez no podrá acudir a la herramienta en la sentencia, bajo pena de nulidad, si previamente en la etapa procesal pertinente no hubiera seguido el procedimiento que se impone en la norma. Es decir, que el Código habilita a distribuir la carga de la prueba en forma dinámica siempre y cuando y como requisito *sine qua non* el juez lo comunique oportunamente a las partes y permita el ofrecimiento y producción de prueba suplementaria. Como explica Lorenzetti, este deber tiende a preservar el derecho de defensa en juicio de la parte en cuyo perjuicio se invertirá la carga de la prueba, por lo cual el magistrado no podrá acudir a esta herramienta si no hubiera seguido el procedimiento. Ello, resulta lógico en tanto se habría arribado a una resolución saltando un paso procesal con el agravio lógico que ello trae aparejado.

Por lo demás, encontramos que yerran los que sostienen que para que el magistrado sortee nulidades o inconstitucionalidades, así como el peso de decidir caso por caso cuándo aplicará cargas dinámicas y cuándo no, puede convenir que desde el principio advierta en todos los litigios de responsabilidad civil sobre una eventual adopción de dicho criterio al momento de sentenciar, porque es el que genéricamente comparte el tribunal si concurren sus requisitos de aplicación. Como manifestamos al criticar los modelos de proveídos propuestos (y de constante aplicación en todos los Tribunales del país) una fórmula genérica y estereotipada, sin referencias al caso concreto en absoluto satisface el requisito impuesto por la norma.

En definitiva, si se aplica la inversión en la sentencia, será susceptible de configurar un agravio que permita la revocación de la decisión si antes no se formalizó la comunicación judicial motivada puesto que el magistrado no se encuentra habilitado a variar su actitud al resolver. Y, si no se la aplica, no quiere decir que se arribe a una sentencia injusta puesto que puede existir en tales casos una morigeración de la carga de la prueba como regla de valoración y, como adelantamos más arriba, recurrirse a otras

herramientas procesales e interpretaciones que permitan justificar la decisión del caso – presunciones y principios-.

A los fines indicados habrá que hacer un balance de los valores y garantías involucradas para tomar una decisión en función de los derechos en juego en cada caso concreto. Pero ello sin desconocer –como consideramos que lo hace la doctrina que refiere a la norma inútil- que la disposición afianza la previsibilidad y deja aclarado a qué deben atenerse las partes. A lo que se suma, tal la idea que expresa Quadri en distintos trabajos sobre el tema, que el hecho de formular la advertencia actúa como un estímulo (intenso y explícito) para que quien está en mejores condiciones de hacerlo, arrime al proceso los pertinentes elementos de convicción.

Al sancionarse la norma se impuso un requisito de insoslayable cumplimiento que ahora impide considerar a la aplicación de la carga dinámica como el resultado de la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional. Y, el fundamento de la consolidación de la doctrina no empuja a que el aviso deba verificarse. Sin embargo, cabe reconocer que hubiera sido de gran ayuda a efectos de eliminar cualquier margen de duda, que la previsión normativa contemple la sanción puntual para el caso de incumplimiento. En este sentido y en varios otros creemos que sería óptima una reformulación. Hasta ahora no hay fallos jurisprudenciales que se pronuncien sobre el punto.

6) Críticas a la comunicación judicial previa. Adelanto de opinión.

Como venimos indicando, la comunicación judicial es uno de los temas que más ha despertado la atención de la doctrina procesal. Del modo que se dispuso la aplicación de la norma, emergen numerosas críticas que cuestionan que el aviso previo configura una “advertencia” que significaría, así sea de manera indirecta, anticipo de opinión sobre el sentido de la sentencia dependiendo de cuál sea proceder de las partes después de la comunicación judicial que habilita a probar o perfeccionar la prueba rendida.

En otras palabras se menciona que la circunstancia de que el juez haga saber durante el desarrollo del proceso que, eventualmente hará uso de este criterio de

distribución de carga probatoria, podría ser configurada como un anticipo de opinión. Máxime teniendo en cuenta que al practicarse el aviso, por lo común, la revelación de todo el material probatorio se encontraría pendiente de producción. Tan premura comunicación haría incurrir al magistrado en prejuzgamiento (Barcat, 2015, 141).

Se insiste que el anuncio judicial previo al dictado de la sentencia constituye un adelanto de opinión sobre el sentido del resultado del pleito según sea el proceder de las partes respecto de la prueba, frustrando la ecuanimidad judicial y rompiendo la bilateralidad del proceso ante la advertencia a una de las partes. *“Si el juez no anticipa que aplicará las cargas dinámicas, surge (supuestamente) el riesgo de nulidad de su sentencia por infracción al precepto; pero también si lo hace, porque vulnera la garantía defensiva del contendiente en situación opuesta a quien ha sido “advertido” sobre que debe presentar elementos de convicción para no correr el peligro de un pronunciamiento negativo (arts. 16 y 18 CN)”* (Zavala de Gonzalez- Gonzalez Zavala, 2015, 344).

En suma, para algunos la comunicación previa constituye un requisito esencial que no puede omitirse para modificar el principio general y acudir a la facilidad probatoria en un caso concreto, de modo tal que la utilización de las cargas probatorias dinámicas sea compatible con lo prescripto por el Código Civil y Comercial y con las garantías constitucionales para el ejercicio regular del derecho de defensa en juicio.

Para otros –que comprenden la doctrina minoritaria- la comunicación judicial previa resulta inconstitucional por lesionar doblemente la garantía de igualdad defensiva: al privilegiar a uno de los litigantes con saber qué se decidirá si no prueba (favoreciendo aun más la condición preeminente); y al no abrir margen de gestión superadora para quien antes y después de ese aviso se encuentran impedidos de probar.

Por eso, en sustento de esta última postura se sostiene que el aviso se dirige sólo a una de las partes no hacia ambas, y por tanto enfoca a quien mejor puede brindar o completar determinadas pruebas; no al otro, que nunca pudo ni podrá lograrlo. Es decir, únicamente sirve al litigante que según las reglas clásicas no tenía la carga de probar, pero que funcionalmente sí debe hacerlo en el caso.

7) Garantías constitucionales involucradas.

Como se advierte de lo anterior y de todo el desarrollo hasta ahora efectuado, resultan contradictorias las posturas en el sentido de que una afirma que la relevancia de la norma radica en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva en circunstancias en que el damnificado se encuentra imposibilitado de probar y su fundamento en resguardar la defensa en juicio –de quien tiene una carga que no debería afrontar-. La otra insiste en resaltar que su aplicación justamente afecta dicha garantía, la igualdad ante la ley y el debido proceso –de la parte que se encuentra en inferioridad de condiciones-.

A fin de arribar a una conclusión al respecto y verificar si los fundamentos de la doctrina que tacha de inconstitucionalidad a la norma merecen acogida, cabe preliminarmente circunscribir la extensión de las garantías constitucionales que se dicen afectadas. Así, finalmente estaremos en condiciones de establecer si la *ratio* fundamental de la comunicación previa prevista en el art. 1735, CCCN, cual es –iteramos- el resguardo del derecho de defensa y la necesidad de evitar sorpresas al final del proceso, logra su cometido o si, por el contrario, la garantía que se pretendía preservar resulta afectada.

Lo anterior, no sin antes referir que las garantías constitucionales son todos aquellos instrumentos que en forma expresa o implícita están establecidos por la Ley Fundamental de una nación para la salvaguarda de los derechos y del sistema constitucional. Y si bien se ha dicho que en el lenguaje corriente se alude a derechos y garantías como sinónimos, corresponde distinguir ambos conceptos: Los derechos son las regulaciones jurídicas de las libertades del hombre y constituyen la esencia jurídica de la libertad. Las garantías son los instrumentos establecidos por la Constitución y por las leyes para hacer efectivos los derechos. De allí que, si se consagra un derecho y no existe la garantía correlativa, el primero corre el riesgo de ser una mera declamación sin efectividad (De los Santos, 2016, 4).

7.1) Debido Proceso: Defensa en juicio y juez imparcial.

El propio tenor literal de nuestra Constitución Nacional en su art. 18 establece que *“Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”*. Bidart Campos en su interpretación -que ya con anterioridad a la reforma constitucional del 1994 se disponía-, consideró que en esa parte del artículo se expande la garantía más amplia: la doctrina y el derecho judicial argentinos la rotulan “defensa en juicio” o “debido proceso”, pero cabe encajarla dentro del derecho a la jurisdicción que no se agota con el acceso al tribunal, sino que se desarrolla durante toda la secuela del proceso en persecución de la sentencia que resuelva la pretensión. Para que exista posibilidad de defensa y debido proceso, tiene que haber proceso, lo que presupone disponer del acceso al órgano judicial para que administre justicia. De ahí la conexión de esta garantía con el derecho a la jurisdicción y su inclusión en el despliegue cabal del mismo (Bidart Campos, 1972, 397).

Entonces, el debido proceso presupone la vigencia del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, y comprende un proceso con todas las garantías legales para hacer posible la adecuada defensa de los derechos que están bajo consideración judicial y así la eficacia del derecho contenido en las normas. De allí, su carácter instrumental ya que con él se tiende al logro de otros fines.

Son propios del ejercicio de la defensa en juicio: el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Todos, como elementos del debido proceso, hacen a la consecución de la justicia y presentan una íntima y estrecha relación, de modo tal que puede sostenerse la interdependencia entre unos y otros.

Así también –sin intención de explayarnos más allá del marco de este trabajo- cabe necesariamente hacer referencia a los distintos instrumentos internacionales que establecen el marco normativo referido al tema que se analiza, que a mérito de lo dispuesto por el art. 31 y 75 inc. 22 de la CN forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de su incorporación expresa: la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) –art. 8⁶³-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 14 inciso 1^{o64}- y la Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 10⁶⁵-. En este ámbito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que: *“el debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁶⁶”*.

En definitiva, la inviolabilidad de la defensa consiste en que el justiciable disponga de oportunidad suficiente para participar con utilidad del proceso y para ello, siguiendo a Bidart Campos, resulta necesario: a) tener noticia o conocimiento del proceso y de cada uno de sus actos o etapas; b) ser oído; c) ofrecer y producir prueba. Cuando el proceso es contradictorio tiene que sustanciarse conforme el principio de bilateralidad que asegura la participación de ambas partes y el conocimiento recíproco de los actos y etapas procesales. La bilateralidad refleja el cumplimiento del debido proceso y la sujeción de este a las formas sustanciales de la defensa en juicio.

Además, cabe poner énfasis en lo anteriormente señalado en el sentido de que cuando hablamos de debido proceso debemos entender que ello comprende el derecho a ser juzgado por un juez natural, imparcial e independiente de modo que sea factible para el justiciable acceder a una resolución justa y ajustada a derecho. Entonces, a los fines de determinar si efectivamente la comunicación judicial previa afecta la imparcialidad del

⁶³ La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 8 inciso 1^o expresa que *“toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”*. Con las disposiciones contenidas en los incisos siguientes engloba las distintas aristas que hacen al debido proceso y que se complementan.

⁶⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14 inc. 1^o dispone que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*.

⁶⁵ La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 10 prevé que *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (...)”*.

⁶⁶ Corte IDH, Tribunal Constitucional en autos "Aguirre Roca Rey Terry y Revorero Marsano v. Perú", sent. del 31/1/2001, párr. 69°.

juzgador habrá de verificarse si tal decisión pone en riesgo su objetividad en el modo de resolver y si ello apareja que no se mantenga ajeno a los intereses de las partes, como debería hacerlo.

En conclusión, el debido proceso comprende el derecho de defensa en juicio que reconoce a los sujetos la posibilidad de demostrar el fundamento de la pretensión que ejercitan o la falta total o parcial de fundamento de la ejercitada en su contra. En sus distintas aristas, pero en relación a lo que nos atañe, ello incluye la observancia de las formas propias de cada juicio, el derecho a la prueba y la imparcialidad del juez que constituye el núcleo de la función de juzgar ya que sin ella no sería posible un debido proceso. A su vez como veremos, involucra la garantía de igualdad de las partes, por lo que pese a tratar a esta última en el acápite siguiente en forma individual dada su disposición normativa especial, la cuestión comprende un todo inescindible que así debe ser analizada.

7.2) Igualdad ante la ley.

Como adelantamos, el debido proceso comprende la igualdad ante la ley ya que a fin de resguardarlo se requiere que las leyes sustantivas y adjetivas se apliquen correctamente en forma igual para todos los litigantes. Corresponde al juez la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir.

La CN prevé la garantía de igualdad ante la ley en su art. 16 y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su labor interpretativa y de fijación del sentido del texto constitucional, ha elaborado no pocos antecedentes jurisprudenciales a su alrededor a fin de determinar y precisar la forma de cómo se debe entender y aplicar.

En tesis general y según lo definido por la Corte en reiteradas oportunidades, la igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos (Fallos, 16:118, 123:106, 124:122, entre otros). Implica la

igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias. Asimismo que las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos sean valederas en tanto no obedezcan a propósitos de injusta persecución o un indebido privilegio (Fallos, 327:5118).

Es decir, establece la igualdad de los iguales en iguales circunstancias ya que de no ser así, las diferencias habilitan a practicar distinciones. Ello resulta de que igualdad no significa igualitarismo, pues *hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta para no incurrir en trato igual de los desiguales* (Bidart Campos, 1972, 207).

En otras palabras, la garantía de igualdad no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria. Y, en el sentido expuesto no debemos olvidar que el fundamento constitucional de la carga dinámica de la prueba justamente finca en la garantía de igualdad al procurar evitar un sistema de “indiferencia de la diferencia”. Como señala Ferrajoli la norma que consagra la garantía de la igualdad deviene inefectiva si no es entendida como valor. Propicia así un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad⁶⁷.

Entonces, las partes implicadas en el proceso tienen el derecho fundamental a recibir un trato igualitario o diferencial pero equitativo, lo que además, -insistimos- se encuentra en interacción con el rol imparcial que debe desempeñar el juez. En ese sentido, los presupuestos que integran el derecho a la igualdad deben ser traídos al escenario procesal, pues el magistrado como autoridad debe propender por favorecer a una de las partes cuando la equidad y las condiciones de especial vulnerabilidad de esta lo hagan necesario, pero sin comprometer la imparcialidad que debe caracterizar toda su actuación (Díaz Restrepo, 2016, 212).

En consecuencia, la inconstitucionalidad de una norma que el legislador sancione con fundamento en que afecta la garantía de igualdad dependerá de un análisis pormenorizado del que surja que crea privilegios procesales para una de las partes o permite situaciones que agravan a una de ellas sin el fundamento suficiente.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías, La ley del más débil, Ed. Trotta, 2001, p. 74 y sgtes.

Correlativamente, a los fines de desentrañar la cuestión, no debemos olvidar que los casos deben resolverse conforme la Constitución, los tratados de derechos humanos y teniendo en cuenta la finalidad de las normas. Así tampoco que mediante un control de razonabilidad de la decisión podrá corroborarse si se respeta una interpretación de manera armónica, sistemática, práctica, dinámica, eficaz y justa, finalista, etc. del ordenamiento jurídico integralmente considerado.

8) Constitucionalidad del art. 1735, CCCN.

Sentadas las principales premisas en torno a las garantías constitucionales involucradas, nos encontramos en condiciones de intentar arribar a una conclusión referida a si los argumentos expuestos por la doctrina que se muestra contraria a la constitucionalidad del art. 1735 resultan valederos.

A esos fines cabe primero indicar -a grandes rasgos- que el control de constitucionalidad en nuestro país es difuso y, por tanto, todos los jueces federales y provinciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Luego, los efectos que tenga dicho pronunciamiento se circunscribirán al caso concreto y, la unidad del sistema, está garantizada por la posibilidad de dar intervención (en los casos que se habilite) a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quién es su último intérprete.

A lo mencionado cabe aditar que si bien originalmente no procedía el control de constitucionalidad de oficio (esto es, debía ser consecuencia de la petición de parte), la postura fue sensiblemente modificada a partir del fallo “Mill de Pereyra” (2001, Fallos 324:329) confirmada en el año 2012 en “Rodríguez Pereyra”. Así también debe destacarse que para cuestionar la constitucionalidad de una norma es necesario poner de manifiesto el agravio que de ella deriva y su relación directa e inmediata con las cláusulas constitucionales invocadas, de modo tal que se justifique adoptar una solución que constituye la *última ratio* del orden jurídico. Ello, toda vez que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando es de estricta necesidad, debiendo al realizarse el balance, considerar la gravedad del acto.

Tiene dicho la Corte que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteligencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto (Fallos, 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las disposiciones constitucionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor la concierte y deje a todas con valor y efecto (Fallos, 324:3219).

Sobre tales bases y comprendiendo la entidad de propiciar la inconstitucionalidad de una norma, creemos que no es correcto afirmar que la comunicación judicial prevista en el art. 1735 puede hacer incurrir al magistrado en un adelanto de opinión. Como vimos, de acuerdo al alcance que cabe asignarle a la norma, el aviso no es más que poner en advertencia a las partes que en el caso particular se encuentran dadas las condiciones que habilitan a practicar una distinción razonable. Ello a mérito de la situación de dificultad probatoria y las mejores condiciones de probar de una de las partes que la habilite a proporcionar el elemento de prueba, que en función de las reglas clásicas no debería aportar. Pero dicha circunstancia en nada disminuye la imparcialidad del juez al momento de sentenciar toda vez que el aviso no resulta vinculante y, a la postre, con toda la prueba rendida al dictar resolución podrá determinar si es necesario o no recurrir a la carga dinámica -como criterio de valoración- o si las constancias acreditadas en la causa ilustran claramente la cuestión a decidir. Además podrá surgir que la dificultad del actor en el acceso a la prueba no era tal y al encontrarse a su alcance también se podrán aplicar las consecuencias disvaliosas de su pasividad. En función de ello, el encuadre de la situación y el aviso a las partes para que adecúen su defensa en tal sentido, en nada ilustran a lo que en definitiva se ha de resolver.

De otro costado, si entendiéramos que al practicar el aviso el juez lesiona la igualdad defensiva al ubicarse del lado de una de las partes, estaríamos olvidando las pautas centrales que habilitan a practicar una diferenciación de quienes no se encuentran en iguales circunstancias. Y la prevista es la única manera de compatibilizar y equilibrar la eventual modificación de la carga de la prueba con principios elementales del debido proceso. A esos efectos consideramos de vital importancia la necesidad de dejar claras las “reglas del juego” que garanticen el efectivo conocimiento del encuadre de la situación

por parte del tribunal que interviene, puesto que las cargas dinámicas requieren de un presupuesto fáctico esencial: la asimetría de medios probatorios entre las partes. Como tal, puede resultar opinable y dependerá de la discrecionalidad del juzgador.

Debido a lo sostenido no compartimos lo argumentado por la doctrina que se enfrenta a la disposición de la norma al considerar que los abogados saben o deberían saber qué es menester probar –incluyendo elementos a los que sus clientes tienen acceso, con facilidad– y a cuáles riesgos se exponen en su defecto.

Rebatir tal afirmación resulta sencillo si se considera que antes de la sanción de la norma ya eran numerosos los casos jurisprudenciales que resolvían en forma distinta situaciones análogas. Incluso, llegándose expresar discrepancias en el mismo seno de un fallo judicial, en el que mientras en un voto se señalaba que: *“en aquellos procesos, en que las partes se encuentren en planos de efectiva desigualdad en orden a la posibilidad de probar, debe flexibilizarse la regla que manda el art. 377 del Código de rito, apreciándose con mayor rigor la actividad probatoria desplegada por parte de quién tiene, objetivamente, mejores chances de incorporar pruebas a la causa⁶⁸”*, en otro se sostenía que: *“Es inaplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas en tanto viola la garantía del derecho Constitucional de defensa en juicio y el principio de inocencia y porque además las disposiciones del art. 377 del Código de rito al fijar la forma en que el juez debe decidir la cuestión, veda la aplicación de dicha teoría⁶⁹”*.

De lo expuesto se sigue que la respuesta que viene a dar el artículo en cuestión resulta acertada dada la imperiosa necesidad de garantizar el derecho de defensa y debido proceso a las partes proporcionando pautas claras a las que las que habrán de someterse. No se desconoce que aun antes de la sanción de la norma la carga dinámica se encontraba consolidada y su aplicación en la sentencia justificada. Empero se requería superar las objeciones del empleo indiscriminado de la teoría, conceder una concreta apoyatura legal a la misma y contemplar un mecanismo para su aplicación resguardando, insistimos, debidamente el derecho de defensa.

En definitiva, estimamos que la regla sentada es constitucional considerada en su espíritu y los fines que persigue, y la razonabilidad como pauta para ponderar la

⁶⁸ CCiv. Com. Lab. y Minería, Neuquén, Sala II, 02/12/2010, "A. C. O. c. Provincia de Neuquén", LLPatagonia, p. 198 (del voto de la Dra. Clérico).

⁶⁹Fallo cit "A. C. O. c. Provincia de Neuquén", (voto del Dr. Gigena Basombrio).

distinción que efectúa la norma se encuentra resguardada puesto que –como dijimos- las únicas desigualdades inconstitucionales son las desigualdades arbitrarias, y en el caso, no se evidencia la vulneración de la igualdad de las partes incursas en el proceso debido a la creación de un privilegio procesal.

Se arribó a idéntica tesis a la propuesta en las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de octubre de 2016 al concluir que la carga dinámica de la prueba receptada en el nuevo Código es constitucional, ello así dado que se preocupa de situaciones de dificultad probatoria y desigualdad de las partes respecto de aquella información relevante para el pleno ejercicio del derecho de defensa (arts. 16 y 18, Constitución Nacional). Conclusión ratificada por su reiterada aplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La posición además encuentra apoyo, como vimos, en los numerosos protocolos de gestión que fueron surgiendo con posterioridad al 2015 en las distintas provincias, a consecuencia de la instauración de los procesos orales por audiencias de modo tal que brindan respuesta a la forma de efectivizar la comunicación dispuesta. Sumado a que evidencian que con la oralidad el órgano jurisdiccional adquiere especial protagonismo en la etapa probatoria del juicio liberándolo de formalismos rígidos y atribuyéndole poderes de investigación probatoria para el mejor conocimiento de los hechos, punto central en la formación de su convicción. Así también el respaldo de la norma que surge de los protocolos de gestión de la prueba en la oralidad surge expreso al proponerse como objetivos específicos: aplicar en el caso que corresponda la carga dinámica de pruebas, y en su caso, la distribución de la carga probatoria dinámica (art. 1735, CCCN).

Entonces, la aplicación del art. 1735 surge como corolario de obtener la verdad de los hechos y si es acertado que la producción de la prueba pueda quedar colocada en cabeza de quien en principio no tenía esa carga, más acertado es que la posibilidad de modificar las reglas clásicas para el caso concreto sea oportunamente conocida. Ello no crea ventaja a favor de quien es constreñido por la carga, sino que permite al juez no ser injusto en el ejercicio de su función poniendo en una posición de paridad situaciones asimétricas, de modo de efectivizar el derecho constitucional a la igualdad en el marco de un proceso.

Además, de no ejercerse la atribución, también ello podría resultar parcial si se considera que obtendría beneficio la parte que no prueba si no se logra despejar la incertidumbre. Es decir que se reprocharía el anticipo y ninguna consecuencia acarrearía la omisión del juez, lo que no sería admisible al comprender que la función que ahora se le aclama es de una decidida actividad involucrada.

Por último, a fin de convencernos de esta posición que no fue la inicialmente esbozada en la hipótesis, consideramos que las garantías involucradas se encuentran contenidas en los principios procesales que sientan las bases del sistema jurídico procesal. En ese orden de ideas, la bilateralidad y contradicción resguardan la defensa en juicio, y la igualdad procesal de las partes, la independencia e imparcialidad de los jueces. En función de ello luce evidente que la finalidad de la norma como fue sancionada radica en salvaguardar la bilateralidad, la defensa en juicio, y reforzar la seguridad jurídica brindando algo que no es menor: previsibilidad.

9) Aciertos y desaciertos. Reformulación normativa.

Si bien nos pronunciamos a favor de la validez constitucional de la norma, no podemos dejar de admitir que la recepción de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial no ha sido acompañada de la necesaria claridad acerca de sus alcances concretos. Demostrativo de ello resultan las variadas opiniones y aristas que se presentan en torno a su interpretación, lo que conduce a disímiles consecuencias referidas a su aplicación práctica. Hemos realizado una crítica pormenorizada de la disposición a lo largo de este trabajo pero en forma concentrada cabe mencionar los aspectos centrales de sus yerros y aciertos, sin intención de omitir cuestiones ya tratadas.

Sin embargo, debe reconocerse que es acertada la norma al brindar respuesta concreta a la cuestión que se suscitaba referida a la necesidad de evitar sorpresas, contemplando la advertencia previa acerca del criterio de flexibilizar las cargas probatorias en el ámbito de la responsabilidad civil, gran diferencia que se advierte con lo que sucede en materia de familia en el art. 710, CCCN. En efecto, esta última disposición no despeja las dudas que se plantean en los casos concretos dado que establece una

fórmula genérica y estandarizada que prevé que la carga de la prueba recaerá finalmente en quien se encuentre en mejores condiciones de probar. De tal modo se mantiene la incertidumbre y quien tenga la carga de acreditar recién lo va a conocer en el decisorio final. Esta circunstancia pretende salvarse con la comunicación judicial previa de manera que las reglas procesales sean claras y aquél que se ve afectado ante un apartamiento de las reglas clásicas en materia de la carga de la prueba no pueda alegar ignorancia o desconocimiento.

Por otro lado si bien también acierta la norma al consagrar una adecuada recepción de la dificultad probatoria en donde una de las partes se encuentre en mejores condiciones de acreditar, peca por defecto al circunscribir su ámbito de aplicación solo a la carga de la prueba “de la culpa o de haber actuado con la debida diligencia”. Es que, tal lo tratamos al analizar la extensión de los supuestos previstos, se omite a la relación de causalidad u otros elementos de la responsabilidad civil distintos del factor subjetivo de atribución culpa o diligencia, que hubiera sido beneficioso contemplar. Empero, claro debe quedar que dada la técnica legislativa utilizada el precepto no puede aplicarse analógicamente porque iría en contra del texto expreso que establece reglas precisas para la carga de la prueba de ellos.

Asimismo, para dotar al precepto de la claridad que se requiere, hubiera sido beneficioso que de la literalidad de la norma no surjan las contradicciones que imponen indagar en su sentido. A este respecto el deber de comunicar seguido del análisis de pertinencia, trae las confusiones a las que hicimos referencia de modo que las modificaciones formuladas respecto de los proyectos anteriores en tal sentido (de imponerlo como un deber) se opacan. Es decir que de mejor técnica resultaba poner el énfasis de la pertinencia en el encuadre del caso como susceptible de aplicación de carga dinámica y que, en tal caso, resulte claro que lo deba comunicar a fin de posibilitar a las partes el ofrecimiento y producción de la prueba.

Por otro lado, resulta correcta la previsión al no inmiscuirse en el trámite procesal a seguir quedando reservada la cuestión a las provincias. Y si bien surgen discordancias respecto del modo de efectivizar la comunicación, proponiéndose –entre tanto- que la norma sea aplicada a consecuencia del pedido fundado del actor en el escrito inicial para poder sustanciarse con el traslado de la demanda y luego resolverse, creemos que ello no

enervaría la posibilidad de una decisión de oficio al respecto y generaría mayores incertidumbres para el caso de así condicionarlo y que no sea planteado por la parte interesada. Entonces la cuestión ha quedado reservada a los ordenamientos procesales provinciales y, en su caso, cumplirán el rol de unificación los máximos tribunales de cada ámbito.

Finalmente, para que no haya decisiones disímiles y las conclusiones sean unificadas, hubiera resultado de utilidad que la norma prevea expresamente la consecuencia de la omisión de comunicar que pese a ello se recurra a la teoría de la carga dinámica.

CONCLUSION

Si bien al formularse el proyecto de investigación se sostuvo a título de hipótesis que efectivamente la comunicación procesal previa violaba las garantías constitucionales de juez imparcial, debido proceso, igualdad ante la ley y defensa en juicio; encontramos que luego de un estudio pormenorizado del tema la conclusión a la que se arriba resulta distinta. A esos fines no pudo dejar de considerarse la cuestión a la luz del paradigma protectorio que inspira el nuevo código y del rol actual que debe cumplir el juez para administrar justicia y, simultáneamente, procurar llegar a ella con respeto pleno al debido proceso y –concretamente- al derecho a la igualdad.

En primer lugar creemos que fue determinante para formular en esta instancia una propuesta distinta, comprender que la comunicación judicial previa que contempla la norma no implica adelantar que el sentenciante aplicará la carga dinámica, sino que el anticipo se circunscribe a la configuración del caso concreto en un supuesto de dificultad probatoria en que una de las partes se halla en mejor situación para aportar la prueba. De allí que bajo tal entendimiento se pudo determinar, a diferencia de lo que se consideraba, que la etapa procesal en que el juez debe efectuar la comunicación de su criterio no es al momento de analizar la prueba cuando la causa está en condiciones de ser fallada sino mucho antes. Esto es, la primer oportunidad en que luego de fijados los hechos controvertidos pueda ilustrarse la disparidad de las partes en relación al elemento probatorio que se traduce en dificultad para un contendiente y facilidad para la contraria en obtenerlo.

Entonces, verificar si en el caso particular se reúnen las condiciones que habilitan la aplicación de la doctrina de la carga dinámica de la prueba no implica, ineludiblemente, que se desarrollen las diferentes etapas procesales luego de las cuales el magistrado pueda valorar las posiciones probatorias, la conducta procesal de las partes y los elementos de prueba obrantes en la causa. Sino que, antes al contrario, la configuración debe ser la consecuencia de un análisis *ex ante facto* que a los fines de cumplir con la imposición de la comunicación judicial habría de ser advertida previo al ofrecimiento y producción de la prueba.

Así también, cabe destacar que si bien pudo determinarse que el articulado merece objeciones y observaciones, resulta correcto que prevea que si se decide que la situación puede habilitar la aplicación de la carga dinámica, sea deber del juez comunicarlo a las partes mediante una decisión motivada, analizada en el caso particular, pormenorizada y desprovista de formulas genéricas. En función de ello y si bien antes se admitía, hoy con la nueva disposición ya no es correcto aplicar la carga dinámica como consecuencia de la sana crítica racional como forma de valorar la prueba, puesto que el incumplimiento de la comunicación afectaría la validez de la sentencia.

Lo antes dicho se condice con una interpretación a la luz del diálogo de fuentes, considerando al ordenamiento jurídico como un todo integral. Además potenciando la utilidad de la norma que surge como corolario de obtener la verdad de los hechos, que es condición –aunque no suficiente sí necesaria- para la justicia de la decisión *“dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o –rectius– está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa. No podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos”* (Taruffo, Michele, La prueba, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 23).

En definitiva, es acertado que en determinados supuestos la producción de la prueba pueda quedar colocada en cabeza de quien en principio no tenía la carga pero, cuando ello sea así, surge evidente la necesidad de practicar la comunicación con la finalidad de resguardar debidamente el derecho de defensa de quien puede verse afectado por la decisión. No con el efecto de crear ventaja o desventaja entre las partes.

En función de ello puede concluirse que la comunicación judicial de la carga dinámica de la prueba no viola las garantías constitucionales establecidas en el art. 16 y 18 de la Carta Magna, sino que guarda correspondencia con las exigencias fácticas de la realidad que plantean la reformulación del principio dispositivo y el desafío de balancear igualdad con justicia y verdad jurídica objetiva.

En toda esta interpretación que se formula se tiene en cuenta que el Código Civil y Comercial enfatiza la actuación del juez en el marco del litigio con una tendencia hacia la oralidad, que además de regular distintos aspectos de la prueba –como el del 1735 en los distintos protocolos de gestión- exige un cambio de cultura organizacional en el trámite

de los procesos judiciales, para acompañar la vigencia de los derechos sustanciales estatuidos en dicho ordenamiento legal y que se alegan vulnerados en sede jurisdiccional.

Permitir el proceso oralizado evita el retraso que genera el trámite escrito, incluso en temas como el analizado cuya propuesta óptima –tal quedó sentado- se basa en efectivizar el aviso previo en el marco de la audiencia preliminar.

Finalmente debe destacarse que de vital importancia resulta el compromiso y un esfuerzo adicional del magistrado de interiorizarse y practicar un análisis detenido, detallado e involucrado de los casos desde su inicio, a fin de practicar la comunicación judicial que resulta la forma prevista por la ley para compatibilizar la modificación de la carga de la prueba con elementos esenciales del debido proceso.

En definitiva, si bien aún no existen fallos judiciales que sienten posición sobre el tema ni conclusiones mayoritarias y determinantes al respecto, creemos que a futuro el fantasma del prejuzgamiento con los que algunos enarbolan la inconstitucionalidad de la norma, irá perdiendo vigor y desapareciendo, a medida que se concrete en la figura del juez el perfil que las nuevas normas sustantivas y procesales pregonan.

Es que, no cabe duda alguna de que el actual paradigma incentiva un accionar judicial involucrado, no solo de dirección sino también de administración del proceso, en donde el magistrado se empape de los casos que se someten a su consideración y principalmente brinde máxima claridad a las reglas del juego sin que ello pueda entenderse como adelanto de opinión. Tal situación, claro está, deberá ir acompañada por el reconocimiento de todos los operadores del derecho de que un juez anquilosado, apartado y enmarcado en un proceso rígido, clásico y lento, no solo es antiguo y no encuentra cabida en el sistema actual, sino que resulta perjudicial para la obtención del valor justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Aníbal G., “La Prueba Judicial en el Proceso Civil. Jaque a la teoría de las cargas probatorias dinámicas” *Semanario Jurídico* N° 1645, p. 205 y ss.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Sistema Procesal -Garantía de la libertad” edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, año 2009, t. II, p. 40.
- ARAZI, Roland, Berizonce, Roberto O. y Peyrano, Jorge W., "Cargas probatorias dinámicas", LL 1/8/2011, AR/DOC/2379/2011.
- ARRUIZ, Sebastián G. “La carga de la prueba de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial” *RCCyC* 2018 (marzo), 05/03/2018, 23 Cita Online: AR/DOC/148/2018.
- BARACAT, Edgar J. “La doctrina de la carga probatoria dinámica en el nuevo Código” LL *RCCyC*, 16/12/2015, p. 141.
- BARBEIRO, Sergio, “Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?”, JA 2003-II-pág. 1026, cita página web: Lexis N° 0003/009730.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de derecho constitucional argentino”, Ediar, Bs. As., 1972.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, Bs. As., 2004.
- BONANNI, Mariano A. “Carga probatoria dinámica”, DJ, 2001-2-437.
- BORAGINA, Juan Carlos- MEZA, Jorge Alfredo “Carga probatoria de la culpa en el artículo 1735 del Proyecto de Código Único del año 2012” DJ28/05/2014, 89.
- BORAGINA, Juan Carlos- MEZA, Jorge Alfredo “Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al art. 1735 del proyecto de unificación del año 2012” MJ-DOC-6494-AR | MJD6494. 8-nov-2013.
- CIPRIANO, Néstor Amílcar “Extensión de la sana crítica más allá de las pruebas”, LL, 1985-C, p. 1190.

- COUTURE, Eduardo J, “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba judicial”, JA, 71-84, Sec. Doctrina.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia “El corrimiento de los principios hacia las garantías y reglas procesales” LL 2012-B, p. 1062.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia “Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial” LA LEY 21/12/2016, 21/12/2016, 1 - LA LEY2017-A, 642.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia “Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial” LA LEY 15/11/2017, 15/11/2017, 1 - LA LEY2017-F, 674.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia “Tutela judicial efectiva y cargas probatorias dinámicas” Publicado en: LA LEY 08/09/2016, 08/09/2016, 1 - LA LEY2016-E, 818.
- DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos. “La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional”. Entramado. Enero - Julio, 2016 vol. 12, no. 1, p. 202-221, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>
- EISNER, Isidoro, “Desplazamiento de la carga probatoria”, LL 1994-C, p. 846.
- ESPERANZA, Silvia L. “Un tema siempre vigente: las cargas probatorias dinámicas” Publicado en: RCCyC 2017 (mayo), 05/05/2017, 23
- FALCÓN, Enrique, “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, año 2006, tomo II, p. 691.
- FALCÓN, Enrique “El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal- Culzoni- Editores, Santa Fe, 2014, p. 146.
- FERRER, Sergio E., “Delimitación de la regla según la cual las ´mejores condiciones de probar´ invierten la carga probatoria”, Semanario Jurídico N° 944, 05/08/93, p. 60.
- FERRER, Sergio, “Carga probatoria dinámica: panorama actual y algunas precisiones”, Semanario Jurídico N° 1091, 30/05/96, p. 590.
- GARCÍA GRANDE, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, LL 2005-C, p. 1082.
- GIANINNI, Leandro J. Principio de colaboración y “carga dinámica de la prueba” en el Código Civil y Comercial. La Ley 15/11/2016, La Ley2016-F778. Cita Online: AR/DOC/3487/2016.

- GÓMEZ, Claudio D. “El principio de congruencia y la valoración de la prueba producida fuera de la litis contestatio. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba” LL 2014-C, p. 1.
- GONZALEZ FREIRE, Juan Francisco “La actividad probatoria en materia de responsabilidad. Obligaciones de los justiciables y potestad jurisdiccional”, Publicado en: SJA 30/08/2017, 30/08/2017, 10.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. “El corrimiento de los principios hacia las garantías y reglas procesales” Sup. Doctrina Judicial Procesal, 01/07/2013, 1- Cita Online: AR/DOC/1893/2013.
- GUZMAN MEDINA, Rocío “Relaciones entre el Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho procesal. Teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial de Nación. Necesidad de delimitar la facultad discrecional de los jueces” Publicado en: RCCyC 2018 (marzo), 05/03/2018, 32 - RCyS2018-IV, 215.
- HERRERA, Graciela Noelia “El impacto de la reforma civil y comercial de la Nación en los denominados principios procesales. El rol activo del juzgador como director del proceso”, Semanario Jurídico N°2075 06/10/2016 Cuadernillo: 14 Tomo 114 Año 2016 – B Página: 605
- HERRERA, Marisa- CAMELO, Gustavo- PICASSO, Sebastián (directores). “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” 1a ed. Bs. As., Infojus, 2015.
- ITURBIDE, Gabriela A. “Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2017 (mayo), 04/05/2017.
- KIELMANOVICH, Jorge L. “La carga dinámica de la prueba en materia de daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. LL-RCyS2014-X, Tapa. Cita Online: AR/DOC/3410/2014.
- KIELMANOVICH, Jorge L. “Algunas reflexiones en torno a la teoría de la carga dinámica en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. Compendio Jurídico TOMO/BOLETÍN: 66, Setiembre 2012, p. 95.
- KIELMANOVICH, Jorge L. “Teoría de la prueba y medios probatorios” edit. Rubinzal-Culzoni, tercera edic. ampliada y actualizada, Bs. As. año 2004.
- LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo “Las modificaciones al sistema de la responsabilidad objetiva y su influencia en el proceso” SJA 08/02/2017, 08/02/2017, 76.

- LORENZETTI, “Carga de la prueba en los procesos de daños”, LL 1991-A, p.995.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (Presidente)- HIGHTON DE NOLASCO, Elena - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011”.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, Revista de Derecho Privado y Comunitario -Prueba I-, Edit. Rubinzal-Culzoni, año 1997, p. 76 y 77.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo VIII , Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015. Comentario del art. 1735, p.460 y ss.
- MASCIOTRA, Mario “Poderes-deberes del juez en el proceso civil.” LL 2015-C, p. 1347.
- MENDEZ ACOSTA, Segundo J. “La carga de la prueba en el derecho de daños. Especial referencia a las cargas probatorias dinámicas”, SJA 01/02/2017,01/02/2017, 143.
- MENEGHINI, “Acerca de la acogida de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto del Código Civil”, DJ, 2001-2-221 y ss.
- MORELLO, Augusto Mario “Los hechos en el proceso civil”, LL 2000-A, p.319.
- MUÑOZ ALARCÓN, César “Las cargas dinámicas en la prueba del proceso civil: alcances y perspectivas”. Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, No. 3, 2014. ISSN 0719-4064. Centro de Estudios Democracia y Justicia – Universidad de Talca.
- MUÑOZ SABATÉ, L., “Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso”, 3a ed., ed. Praxis,Barcelona, 1993.
- ORIHUELA, Andrea “Constitución Nacional Argentina comentada”, editorial estudio, 4ta edición, Bs. As. 2008.
- OSSOLA, Federico Alejandro- PIZARRO, Ramón D. “Orden público en la responsabilidad civil” LL 2015-F, p. 1001.
- PEYRANO - CHIAPPINI, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED, T. 107, p. 1005 y ss.
- PEYRANO, Jorge W. “Cargas probatorias dinámicas”. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.

- PEYRANO, Jorge W. “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL 1991-B, p.1034.
- PEYRANO, Jorge W. “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”. LA LEY 25/02/2011, 25/02/2011, 1.
- PEYRANO, Jorge W. “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL 1996-B, p. 1056.
- PEYRANO, Jorge W. “La conveniencia para el proceso de la carga dinámica de la prueba.” Semanario Jurídico N°1968, 14/08/2014, p.265.
- PEYRANO, Jorge W., “El cambio de paradigma en materia procesal civil”, La Ley 2009-E, 785.
- PEYRANO, Jorge W. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”. Artículo publicado en el portal web del Poder Judicial de Santiago del Estero –Argentina. Disponible en: <http://www.jussantiago.gov.ar/jussantiago/EscuelaUnica/2009/peyrano/cargas%20probatorias%20dinamicas%202.doc>
- PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba”, Semanario Jurídico, N° 1094, 20/6/96, p.150.
- PEYRANO, Jorge W., “Los roles actuales del juez civil argentino” Publicado en: LA LEY 14/06/2017, 14/06/2017, 1 - LA LEY2017-C, 1044.
- QUADRI, Gabriel Hernán, “El Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en lo procesal (cuestiones actuales)”, Publicado en: RCCyC 2018 (abril), 06/04/2018, 3.
- QUADRI, Gabriel Hernán “Incidencia del Código Civil y Comercial en materia probatoria.” LL RCCyC 2015, 17/08/2015, 38. Cita Online: AR/DOC/2487/2015.
- QUADRI, Gabriel Hernán “Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial: primeras reacciones jurisprudenciales.” LL 2015-B, p. 1177.
- RIVERA, Julio C.- MEDINA, Graciela (directores)- ESPER, Mariano (coord.) Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Editorial La Ley 2014.
- SABINO, Carlos “Cómo hacer una tesis.” Ed. Panapo, Caracas, 1994.
- SALIM, Miguel Angel - ACERBO, Jeremías - SALIM, Santiago “La carga de la prueba en los procesos de familia y de daños y perjuicios por responsabilidad civil en el Código

Civil y Comercial de la Nación”. Sup. Doctrina Judicial Procesal, 09/11/2015, 49. Cita Online: AR/DOC/3752/2015.

•SAMPIERI, R- COLLADO, C., Lucio, P. “Metodología de la Investigación.” Ed. Mc. Graw – Hill, México,1991.

•SBDAR, Claudia “Verdad objetiva y sentencia justa. Facultades instructorias del juez en el proceso civil” LL 22/09/2014, 1 Cita Online: AR/DOC/2255/2014.

•SCAVONE, Graciela M. “Como se escribe una tesis” La Ley, Bs. As., 2002.

•SPROVIERI, Luis E. “Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas”, *ED*, 179-1012 y ss.

•VALLANIA, Carolina. “El art. 1735 del nuevo Código Civil y Comercial y su aplicación en el marco del Proceso Civil y Comercial de Córdoba”. Semanario Jurídico N° 2069, 22/08/2016, Cuadernillo: 8 Tomo 114 Año 2016 – B p. 325.

•VARGAS, Abraham Luis “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos.” Trabajo de investigación publicado en el Portal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Arg.:<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>

•VÁZQUEZ FERREYRA, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (hacia un alivio de la carga probatoria)”, LL 1996-D, p.988.

•YUNI, José Alberto- URBANO, Claudio Ariel “Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación.” 2° ed. Ed. Brujas, Cba. 2006.

•ZAVALA DE GONZALEZ Matilde- GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo. “Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil”. Semanario Jurídico N° 1995, 12/03/2015, p. 341.

•ZAVALA DE GONZALEZ Matilde “La responsabilidad civil en el nuevo Código” T. II. Arts. 1724 a 1740, Editorial Alveroni Ediciones, 2016 I.S.B.N. 978-987-643-136-1.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA	5
1) “Onus probandi”. Nociones generales.....	5
2) Reglas clásicas de la carga de la prueba.....	7
3) Carga probatoria dinámica. Origen del instituto.....	9
3.1) Condiciones de aplicación. Fundamento. La mejor situación para probar.....	11
3.2) Principio de colaboración y carga dinámica. Distinción: carga de probar y carga de producir evidencia.....	14
3.3) Antecedentes jurisprudenciales.....	17
3.4) Posiciones doctrinarias. Críticas.....	19
3.5) Regulación legal previa al Código Civil y Comercial. Derecho comparado.....	22
3.6) Carga dinámica en el Código Civil y Comercial.....	26
CAPÍTULO II: EL ART. 1735 DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	29
1) La disposición normativa. Interpretación y fundamentos de su sanción.....	29
2) Carácter de la norma ¿sustancial o procesal?.....	32
2.1) Incorporación de normas procesales en el código de fondo.....	35
2.2) Aplicación inmediata de las normas procesales.....	38
3) Distribución de la carga de la prueba. Aplicación discrecional o vinculante de la carga dinámica.....	40
4) Alcance de la norma al factor de atribución. Extensión a otros supuestos.....	32
CAPITULO III: COMUNICACIÓN JUDICIAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	45
1) Comunicación judicial. Carácter facultativo u obligatorio del aviso previo.....	45
2) Análisis <i>ex ante</i> o <i>post facto</i>	50

3) Qué se debe comunicar.....	52
4) Oportunidad. Propuestas procesales.....	54
4.1) Audiencia preliminar. Oralidad y rediseño de la justicia.....	55
4.2) Procesos tradicionales escritos.....	59
4.3) Juicio abreviado.....	61
5) Consecuencias prácticas de la omisión de comunicar. Utilidad de la norma.....	64
6) Críticas a la comunicación judicial previa. Adelanto de opinión.....	66
7) Garantías constitucionales involucradas.....	68
7.1) Debido proceso: Defensa en juicio y juez imparcial.....	69
7.2) Igualdad ante la ley.....	71
8) Constitucionalidad del art. 1735, CCCN.....	73
9) Aciertos y desaciertos. Reformulación normativa.....	77
 CONCLUSIÓN.....	 81
 BIBLIOGRAFÍA.....	 85
 ÍNDICE.....	 91