



DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA y CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS (ART. 1735 DEL C. C Y COMERCIAL).

-por **Analia Victoria ROMERO**, Jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 40 de la Capital Federal-

Sumario: el artículo trata en la primera parte sobre las cargas probatorias contenidas en la ley de fondo referidas a la comprobación de los hechos fundantes de la responsabilidad civil. Luego se describe la normativa involucrada tanto del Código Procesal Nacional en lo Civil y Comercial como del Código Civil y Comercial. También se trata del rol del Juez en lo que hace a las cargas probatorias dinámicas, distintas opiniones de algunos autores. Por último, se detalla una síntesis de las Conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil de La Plata y un esbozo de Derecho Comparado en lo que hace a la materia.

I.- Introducción

La distribución de la carga de la prueba puede ser vista como un problema de la dogmática procesal, atinente a la posición de las partes en el proceso. También puede ser vista como un tema de Derecho Privado que establece reglas de juzgamiento ante la insuficiencia demostrativa. Se trata de analizar la cuestión desde una perspectiva que toma en cuenta el riesgo de probar y su distribución, como así también su diferencia de otros riesgos que asumen las partes en la relación jurídica, a fin de no confundirlos.

La relación jurídica ha sido materia de una complejidad progresiva. Inicialmente se la entendió como un vínculo estático que contiene sujetos, objeto y hechos

jurídicos que dan origen a una obligación nuclear, luego se ensanchó el objeto entendiéndose que al lado de la obligación principal hay obligaciones accesorias y deberes colaterales o secundarios de conducta. Mas tarde se incluyó el fenómeno de la responsabilidad.

El eje fundante de este nexo es el plan de prestación que desarrollan las partes dentro de la relación jurídica, esencialmente dinámica y de complejidad creciente, entendido ello en el sentido de que el vínculo es continuo y abarca no sólo las prestaciones principales y accesorias, sino los deberes colaterales. Desde nuestro punto de vista, en ese plan de prestación debe adicionarse el elemento del riesgo, que es esencial en la relación jurídica actual.

Las partes hacen un cálculo jurídico al iniciar la prestación en el que juega un papel fundamental el cómputo del riesgo y el beneficio que obtienen. Esa relación costo-beneficio puede presentar alteraciones que desbaraten el cálculo inicial. Estos cambios pueden fundarse en la revisión del vínculo por razones que la ley justifica, como la lesión o la excesiva onerosidad sobreviniente, o bien por otras razones.

Iniciar un proceso judicial tiene sus riesgos que las partes toman en cuenta y cada parte debe demostrar en juicio los presupuestos de la pretensión que invoca; el lograrlo o no es un riesgo, ya que si no se lo hace la sentencia será desfavorable. Las reglas de distribución de la carga adjudican ese riesgo a una o a otra parte. En la medición del riesgo es esencial la posición probatoria que tiene cada parte; esta posición depende de variables tales como la dificultad de obtención de la prueba y las de producción de la prueba.

Algunos sostienen que quien está en mejores condiciones de probar o quien es profesional, debe soportar la carga porque tiene un acceso a la prueba más fácil que quien es paciente o víctima. Las reglas sustantivas atienden a la solución de este problema, mejorando el acceso a la prueba de quien tiene dificultad.

La ley entiende que una de las partes está en inferioridad fáctica y por ello establece incentivos cuya finalidad es lograr la igualdad. Este incentivo es la "carga" que se impone a una de las partes, de modo que, sin obligarla, se le dice que si no la cumple perderá el beneficio. Así, la carga probatoria alienta a una de las partes a arrimar al proceso una prueba que normalmente tiene en su poder o a su alcance.

El incumplimiento de esa carga acarrea la pérdida del beneficio, esto es, considerar el hecho como no probado.

En lo que refiere a las cargas probatorias dinámicas, son abordadas en el Código Civil y Comercial de la Nación desde una órbita de derecho de fondo incursionando en forma evidente en la órbita procesal para dar luz a cuestiones que muchas veces debían ser dilucidadas a partir de precedentes jurisprudenciales y doctrinarios.

II.- Normas del Código Civil y Comercial y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vinculadas. Cargas probatorias

El art 1734 del Cód. Civil y Comercial establece que *“Excepto disposición legal la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”*.

Así, frente a un asunto sometido a juzgamiento, el Juez en una primera etapa realiza un razonamiento lógico jurídico por el cual procede a considerar si se encuentran acreditados en los antecedentes fácticos de la causa, los elementos estructurales (presupuestos) que exige la ley para endilgar al sujeto demandado el deber de resarcir. Y ellos son: el daño injusto, la antijuridicidad, el nexo de causalidad y el factor de atribución.

En una segunda etapa de la construcción de la sentencia de daño, el Juez ya realizó el discernimiento de individualizar quien será el responsable de satisfacer los daños ocasionados a la víctima, momento a partir del cual el razonamiento jurídico se focaliza, primero en la valoración de los perjuicios para su posterior cuantificación en dinero de curso legal.

Valorar el daño, es una tarea compleja, dado que tiene una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido in abstracto de cada rubro factible de ser resarcido. A partir de esa tarea de ilustración, llega a una conclusión propia que le permite conceptualizar cuál es el contenido en particular de cada daño resarcible.

La norma del art. 1734 del Código Civil y Comercial, que como dijimos se trata de una norma de naturaleza procesal inserta en el Código sustancial, define la distribución de la carga de la prueba siguiendo la tradicional línea del *onus probandi* adoptada en el art. 377 del Cód. Procesal Civil de la Nación. En dicha norma se regula básicamente que incumbe la carga de la prueba a quien afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que la jurisdicción no tenga el deber de conocer.

Dado que 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 excepción¹.

El artículo 377 del Código Procesal fija, como regla general, que la carga probatoria de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los invoca, con excepción de que exista una disposición legal en sentido contrario.

Por lo demás, acreditar la configuración del factor de atribución para endilgar la responsabilidad indemnizatoria, sea objetivo o subjetivo, está a cargo de quien reclama el resarcimiento del daño padecido. Y, en sentido contrario, quien alega la existencia de una causal de eximición de responsabilidad (hecho del damnificado, caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero o la imposibilidad de incumplimiento) deberá demostrar los hechos en los cuales la sustenta, especialmente cuando el factor de atribución es objetivo y definido por ley que invierte la principal carga probatoria poniendo en cabeza del imputado de iure el deber procesal de acreditar la causal que lo exime de responsabilidad.

Puede ser que nos encontremos frente a un factor de atribución subjetivo u objetivo. En el caso que nos encontremos frente a un supuesto de carga de probar factores de atribución subjetivos, la carga de probar en este caso su existencia, recae sobre quien reclama la compensación de su crédito. Si invoca la culpa está endilgando a su deudor que actuó negligentemente con imprudencia en su accionar o impericia en su arte o profesión de acuerdo a las hipótesis reguladas en el art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cuando se trata de acreditar una conducta presidida por el dolo, la prueba pasa fundamentalmente por demostrar la intencionalidad de dañar, del querer provocar deliberadamente el menoscabo en la integridad patrimonial o psicofísica social de la víctima que reclama.

En cuanto a la invocación de la mala fe no acontece esta exigencia probatoria en ese caso, siendo que en reiteradas oportunidades es regulada como factor de atribución del deber de resarcir, porque tiene la inestimable ventaja de que únicamente debe acreditarse el conocimiento relevante que ha sido empleado antifuncionalmente y no la intencionalidad de provocar el daño, es decir, no debe acreditar la voluntad.

¹GUILLLOT, María Alejandra, *“La carga de la prueba en cabeza de quien peticona”*, DT 1992-B, 2146).

En cambio, en caso de que la ley expresamente regule que en determinada situación de dañosidad el factor de atribución es objetivo, la carga probatoria de la existencia de dicho factor tiene características especiales conforme fuere el reproche efectuado.

Así, en el caso que se determine que el factor de reproche social es el riesgo creado por una cosa que causó el daño, debe acreditarse en primer lugar que efectivamente la cosa tiene características particulares que permiten calificarla de riesgosa para la integridad del patrimonio o persona de la víctima. Luego será de aplicación lo dispuesto en el art. 1736 del Código Civil y Comercial dado que deberá acreditar el nexo de causalidad entre la cosa riesgosa y el daño padecido por el damnificado.

En la participación de una cosa riesgosa en hechos causantes de menoscabos, se torna innecesario acreditar dicha característica porque se ha generalizado en la sociedad que ella tiene esa característica. Ello acontece con los automóviles, donde ya no se discute en juicio que el mismo es una cosa riesgosa sino partiendo de esa calificación se desarrolla el proceso. En el caso, acreditando el nexo causal que invierte la carga de la eximición de responsabilidad, la cual queda a cargo del accionado, quien deberá acreditar la causa ajena conforme el art. 1722 del Código Civil y Comercial

Si se acreditó la existencia del factor de atribución objetivo previsto en la ley, por imperio del art. 1722 del Código citado, el prima facie imputado como responsable de los daños deberá acreditar que el menoscabo se debe a la existencia de una causa ajena, excepto que haya una disposición legal que lo haga responsable aun existiendo dicho motivo liberatorio de responsabilidad, como ocurre en las hipótesis previstas en el art. 1733, donde se enumera que serán responsables aun cuando se acredite la existencia de caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento.

En cuanto al caso de obligaciones de medios o de resultado, antes de la sanción del Código Civil y Comercial ya se analizaron distintas alternativas que se presentaban conforme se tratara de obligaciones de medios o de resultado, expresando que *“a) En las obligaciones de resultado el demandado tiene la carga de probar el caso fortuito o fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero extraño. Si falla esa prueba puntual es*

condenado a indemnizar b) En las obligaciones de medios incumbe al actor probar la culpa del demandado. Si falla en esa prueba su acción indemnizatoria no prospera”².

Así, se concluye que decir que una obligación es de resultado en realidad solo permite saber que el deudor tiene la carga de probar algo para liberarse de responsabilidad que en general es la diligencia debida (o falta de culpa), carga que, además no es siempre exclusiva de aquél.

Por otro lado, decir que una obligación es de medios en realidad solo permite saber que la prueba versa sobre el incumplimiento y la culpa, porque es frecuente que sea el deudor quien tiene la carga de probar que cumplió o que habiendo cumplido obró sin culpa.

Nada es rígido ni absoluto, sino flexible y relativo. Solo entendiéndolo así la categorización teórica de obligaciones de resultado y obligaciones de medios conservará algún interés y cierto grado de relevancia en el derecho vivo de la actualidad. No se trata de una solución automática a las circunstancias que se van presentando.

III.- Diferencias entre cargas dinámicas y mejores condiciones probatorias: roles y posiciones probatorias

A pesar de que en Argentina se usan como sinónimos, las cargas dinámicas y la adjudicación a quien está en mejores condiciones probatorias son conceptos distintos. La carga dinámica se opone a un sistema pétreo, basado en una regla de distribución inmutable a lo largo del proceso. Se trata de sensibilizar al juez respecto de la riqueza del juego probatorio, y de hacerle comprender que es un sistema en el que hay roles y que éstos

v a r í a n .

Los roles probatorios son funciones que deben cumplir las partes en el proceso; la posición, en cambio, es el lugar desde donde se puede desempeñar el rol. Para jugar el juego es necesario asumir posiciones igualitarias, razón por la cual las reglas que hacen a la posición probatoria son normalmente externas al proceso.

El análisis económico del Derecho ha desarrollado una regla atinente a la posición probatoria; esto es, externa al proceso, indicando que debe adjudicarse la carga a quien está en mejores posiciones probatorias. El significado de "mejor" se relaciona con la

² ALTERINI, Atilio A “Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual” La Ley, 1988-B, 947).

más eficiente en el sentido de que a quien ya tiene la información o la prueba le resulta más barato arrimarla al proceso.

Todo ello se relaciona con una visión particular del proceso adversarial que, en los inicios de la escuela del análisis económico, queda sometido a las reglas modélicas del mercado. Como puede apreciarse, es bien diferente de la mera carga dinámica. En los juicios de responsabilidad profesional, se parte de la base de que quien tiene la información, la documentación, y quien puede explicar mejor las cosas es justamente el profesional.

Evidentemente es más económico para el médico aportar la prueba. El paciente, en cambio, tiene que asistir con un abogado a la primera consulta para poder preconstituir pruebas y poder dar una idea razonable de lo que ha sucedido. Lo que sucede en la realidad es que el paciente se ve obligado a promover denuncias penales a fin de obtener pruebas, allanamientos y documentarse.

De este modo se termina perjudicando a los profesionales, quienes se ven expuestos innecesariamente a causas penales, con riesgos de inhabilitación, cuando en realidad lo único que se pretende es la reparación de un daño. Esta noción se ha receptado en algunos casos jurisprudenciales (Cám. Civ., sala I, "Favilla, Humberto c/Piñeyro, José", L. L. del 5-8-91) al decir: *"Es evidente que la carga pesa sobre quien se encuentra en mejor situación para producir pruebas, en el caso, el médico, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de ellos"*. Esta regla, como todas, debe ser precisa y evitar los excesos.

IV.- Facultad judicial para distribuir la carga probatoria

El art. 1735 del Código Civil y Comercial que *"... No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa"*.

El contenido de dicha norma ratifica la tradición argentina de plena confianza en el rol protagónico del juez en los procesos judiciales que se inician con la atribución de

facultades desde el Código Civil original, pasando por la reforma de la ley 17.711, Ley de Defensa de los Consumidores y Ley de Protección del Medio Ambiente.

La regulación si bien tiene naturaleza procesal, está inserta en el Código de fondo, lo cual no escapa a las críticas de algunos autores relacionados con la delimitación de las incumbencias entre las Provincias y la Nación, pero sin duda, en este caso, como se tratará de demostrar, el cambio de paradigma del patrimonialismo a la centralización de la persona como eje del derecho, torna regulable algunas normas que hacen a la efectiva tutela judicial.

“La necesidad de flexibilizar los procesos es a los fines de dar respuesta y seguridad para todos los casos. La realidad no está trazada de una vez y para siempre ni de manera uniforme. Ha bastado alterar con la nota de flexibilidad el conjunto de los principios procesales, redefinir el papel protagónico del juez –ciertamente con el activo control de los abogados de las partes- y poner en sintonía los criterios de hermenéutica para liberalizar al proceso civil de estériles chalecos de fuerza que por querer acotar sin concesiones, terminan por verse desplazados en pos de posturas más adecuadas a esas viejas y nuevas expresiones del litigio”³.

Así en el art. 1735 del Código Civil y Comercial se faculta al Juez para que pueda distribuir la carga de la prueba, lo cual implica que ello no es imperativo sino potestativo de la jurisdicción decidir en qué casos se hará uso de la misma.

El Juez cuando lo considere conveniente debe considerar conforme a los antecedentes del proceso que tiene bajo su competencia quien está en mejor condiciones de acreditar la culpa del prima facie imputado como responsable del hecho dañador o el cumplimiento de la diligencia debida.

De esta manera, esta facultad está destinada a ser operativa únicamente cuando se impute un factor de atribución subjetivo y dentro del mismo se menciona exclusivamente la culpa omitiéndose el dolo y la mala fe.

Puede observarse en algunos fallos que al momento de dictar sentencia se tiene en consideración cuál de los sujetos en litis tenía el dominio de los hechos, dado que en

³ MORELLO, Augusto M “Distribución de la carga de probar y flexibilización de los principios procesales” La Ley 2000-F, 1362).

distintas hipótesis los mismos se produjeron en determinados ámbitos donde el sujeto tiene señorío.

En caso que se verifique asimetría en la capacidad probatoria de las partes, el juez podrá ordenar anticipadamente, normalmente en la audiencia preliminar del art. 360 del Cód. Proc. de la Nación y en las provincias que la hubieren adoptado, quien tendrá la carga probatoria conforme el dominio territorial y técnico de los hechos base de la litis.

Este criterio es criticado por alguna parte de la doctrina procesalista que señala que cuando se señala que expresar el deber de colaborar con la parte cuya pretensión el mismo ordenamiento confiere facultad de resistir no es menos irrazonable (ni siquiera es distinto) que forzar a la contraparte a asumir desde un principio la pretensión de su contraria, lo cual iría contra el derecho constitucional de defensa.

Sostienen así que la carga de probar no puede trasladarse de uno a otro litigante según las circunstancias del caso pues, la previsibilidad relativa a cómo ha de desarrollarse el proceso se vincula con la seguridad jurídica y la garantía de defensa en juicio.

V.- El deber de comunicar a las partes la redistribución de las cargas probatorias

En la última parte del art 1735 del Código Civil y Comercial se consagra el principio de defensa en juicio dando un debido proceso, al comunicar a las partes cómo será la distribución de la carga probatoria conforme a los antecedentes de cómo acontecieron los hechos generadores del daño. A partir de la resolución que adopte el Juez corresponde conceder una posibilidad para que las partes replanteen el ofrecimiento de la prueba formulado con el criterio clásico al trabar inicialmente la litis.

Sostiene el Dr. Peyrano que *“No es acertado incluir como facultad judicial que se podrá hacer saber a una de las partes que deberá soportar el mayor esfuerzo probatorio. Varias razones nos han persuadido en tal sentido a) nos preguntamos acerca de cuándo debe producirse tal comunicación y respecto, también de cómo será el formato de ella (una audiencia por ejemplo). Se nos podría decir que la audiencia preliminar del art. 360 del Cód. Proc. Civ y Com de la Nación tiene únicamente el nombre y muchas provincias argentinas no han incorporado la figura de la audiencia preliminar.*

Conforme el tenor del art. 1735 parecería que la realización de dicha comunicación debería ser anterior a que se produzca la prueba porque de lo contrario no

tendría explicación el contenido de su último párrafo. Acontece que, en dicha oportunidad, muy difícilmente él pues podrá estar en condiciones de valorar cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones para probar, salvo la concurrencia de casos muy estándares como sería el supuesto de una pretensión resarcitoria de una mala praxis quirúrgica. Empero, son plurales los casos imaginables de reclamos en materia de responsabilidad civil que no son susceptibles de un sencillo juicio a priori acerca de a quién le incumbe el peso probatorio, b) de seguro, la comunicación que enjuiciamos deberá concretarse en una resolución judicial que , muy posiblemente sea objeto de impugnaciones de toda taya (tachas de prejuzgamientos, cuestionamiento acerca de si la parte sindicada como que está en mejores condiciones de probar verdaderamente es merecedora de dicho emplazamiento etc), que favorecerían a litigantes maliciosos en su afán de entorpecer la marcha de los procedimientos.

Y, además, debe destacarse que está por verse si la trascendencia de una solución influye sobre el onus probandi no legítima, inclusive, su apelabilidad, con los consiguientes trastornos que ello acarrearía para la tramitación de la causa ; c) le preguntamos al lector acerca de si hoy un letrado puede considerarse sorprendido por el hecho de que a su defendido, a quien se le imputa una mala praxis, se le haya aplicado la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Sin embargo, cabe reconocer que un sector de la doctrina se inclina por consagrar el deber funcional del magistrado de alertar a las partes acerca de que aplicará la referida doctrina, aunque otro discrepa respecto de dicha visión de las cosas. Por nuestra parte, siempre nos hemos pronunciado de manera desfavorable respecto de la práctica del aviso en cuestión ”⁴.

Completa su idea el Dr. Peyrano diciendo que “no nos parece censurable la inclusión de normas procesales dentro del texto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación porque no ha sido excesivo en número y por añadidura, se ha producido en sectores donde correspondía. Aplaudimos, entonces, la incorporación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en los arts. 710 y 1735 del proyecto. En cambio, no nos parece acertada la redacción de esta última norma en cuanto otorga al Juez la facultad de comunicar a una de las partes acerca de que sobre ella recaerá el mayor esfuerzo

⁴PEYRANO, Jorge W. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” Revista de Derecho Procesal, 2013-1 Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2013 pag. 80/81

probatorio. Dicho alerta puede suscitar una compleja problemática procedimental y darle oportunidad al litigante malicioso para que concrete sus designios”.

En el fallo dictado por la Corte Suprema de la Nación en el caso “Plá”, el Máximo Tribunal dejó sin efecto una sentencia de Cámara que había desestimado una pretensión por mala praxis médica por ausencia de pruebas de la negligencia profesional. Consideró el Máximo Tribunal que el decisorio de grado resultaba arbitrario por desconocer la influencia que habían tenido en el caso las irregularidades de la historia clínica oportunamente elaborada por los galenos accionados.

Se trataba, así, de una hipótesis de ocultamiento o tergiversación de información relevante, que puede ser considerado sin mayores esfuerzos como una hipótesis de infracción al principio de colaboración. Ahora bien, al fundamentar la decisión, el Procurador General (seguido por mayoría por la C.S.N.), luego de describir los diversos indicios extraídos de la conducta del demandado contraria al referido postulado de cooperación, se expidió aplicando en la especie la doctrina de las cargas dinámicas, del siguiente modo: “En materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de la *“carga dinámica de la prueba”* o *“prueba compartida”*, que hace recaer en quien se halla en mejor situación (CSJN, “Fallos” 324:2689, sent. del 4 -IX-2001 in re “Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterrica S.A. y otros”).

Otro ejemplo de utilización indistinta de las cargas dinámicas y de los indicios derivados de la ausencia de colaboración en el esclarecimiento de la verdad puede verse en la causa “Pinheira”, en la que, al igual que en el fallo aludido en el texto y citado en la anterior nota pruebas respecto de la negligencia del galeno. Al revisar dicho pronunciamiento, la Corte Suprema consideró que el a quo había incurrido en arbitrariedad por desconocer las falencias imputadas a la historia clínica (especialmente falsificaciones y omisión de constancias relevantes sobre el acto quirúrgico). “[...] *la alzada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad que le cabía a la demandada en el orden de las cargas probatorias por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que la desaparición de esas pruebas cuya custodia incumbía al nosocomio demandado- no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que ésta se encontraba*

al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlínico demandado” (CSJN, “Fallos” 320:2715, sent. del 10-XII-1997 in re “Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”).

Una formulación especialmente demostrativa de la utilización indistinta de los institutos a la que venimos haciendo referencia puede advertirse en la causa “Dyaz de Siva” de la Suprema Corte de Mendoza, al expresar con carácter general que *“el moderno derecho procesal se nutre del denominado principio de las cargas probatorias dinámicas, que más que a reglas rígidas, atiende al orden normal de las cosas, al principio de equidad que pone la carga de la prueba sobre quien está en mejores condiciones de acreditar un hecho a la conducta procesal de las partes , etc” (SC Mendoza, causa 48.373, “Dyaz de Siva”, sent. del 11-XI-1991).*

O, en otra fórmula de similares alcances, lo señalado por dicho Alto Tribunal en la causa “Barroso”: *“Según el principio de las cargas probatorias dinámicas, el proceso no se desarrolla a la manera de una lucha entre espadachines, sino que, en razón del principio de colaboración que las partes tienen hacia el tribunal, cabe requerir la prueba de mejores condiciones de probar” (SC Mendoza, causa 54.919, “Barroso” , sent, del 02-VI-1995)*

Por su parte, Arazi, refiere que *“Las partes no deben desentenderse de la actividad probatoria ya que si el juez logra certeza acerca de los hechos, fallará en consecuencia; también debe tenerse presente que las fuentes de prueba (personas que tienen conocimiento del hecho a probar o cosas que representan el hecho a probar) y de presunciones (indicios) tienen que ser aportadas por los litigantes o surgir de actos realizados en el juicio. Salvo en los casos excepcionales que el interés comprometido lo requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, el juez civil no puede traer esas fuentes si su existencia no surge de actuaciones procesales.*

El magistrado en su sentencia no debe, admitir que desconoce los elementos fácticos o que duda y pudiendo disipar esa duda sin alterar los principios fundamentales del debido proceso legal (igualdad, bilateralidad, y congruencia) omitir ordenar las medidas que puedan conducirlo a la certeza. Queda claro que cuando el juez ordena de oficio una medida de prueba desconoce el resultado de la misma, por lo tanto no lo hace para beneficiar a una parte en perjuicio de la otra: además la producción de la prueba se

realiza con el control de ambas e, incluso, permitiendo que ellas ofrezcan contraprueba a pesar de que la etapa de ofrecimiento haya precluido.

La actividad del juez no vulnera el sistema predominantemente dispositivo del proceso civil. Sigue correspondiendo a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial; el tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado ante él y no puede conceder a ninguno de ellos lo que no hayan solicitado; incluso debe admitir como ciertas las alegaciones que no han sido impugnadas, salvo, por supuesto, los casos en que se afecte el orden público.

Así, el principio dispositivo aplicado sin cortapisas convierte al órgano jurisdiccional en un mero espectador de la contienda, mudo, ciego y sordo, hasta tanto las partes le permitan, mediante sus peticiones, dictar alguna providencia.

Sucede que las partes ‘disponen’ del proceso en lo que hace a los hechos afirmados y al tema a resolver por el juez; también pueden transar, desistir el actor o allanarse el demandado; pero no pueden requerir del juez una decisión sobre el litigio y sobre los hechos controvertidos e impedirle que el reúna todos los elementos que necesita. Si los litigantes exigen un fallo el juez debe también ‘disponer’ de todos los medios para que ese fallo sea justo.

Como corolario de lo anterior pretendemos que los esfuerzos del jurista no se centren en la distribución de la carga de la prueba sino en los deberes del juez para adquirir el conocimiento de los hechos controvertidos, sin que interese, en tal sentido, lo que las partes hagan o dejen de hacer”⁵.

⁵ARAZI, Roland, "El ocaso de las teorías sobre carga de la prueba", LA LEY, 2000-A, 1041

Atento lo dicho, es probable que la norma contenida en el art. 1735 del Código Civil y Comercial será por mucho tiempo eje de arduas discusiones técnicas jurídicas, pero es necesario no perder de vista que la tutela judicial efectiva que tiene reconocimiento constitucional impone pasar a entender que en los procesos judiciales se debe buscar la verdad real, en ello, el liminar principio de buena fe que dejó de ser tal para ser una norma exigible como cualquier otra, impone deberes a los litigantes de colaboración en pos de que se conozca cómo fueron realmente los hechos acaecidos a fin de que el órgano juez pueda dictar una sentencia ajustada a derecho. En lo que hace a la relación de causalidad, dispone el art. 1736 del Cód. Civ. y Com. que “La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quién la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quién la invoca”. La norma establece que la acreditación del nexo de causalidad entre el hecho, sea la conducta humana o de la cosa productora del daño y los menoscabos recibidos por la persona en su integridad patrimonial o psicofísico-social estará a cargo de la parte litigante que alegará su existencia.

Es decir, normalmente estará a cargo del damnificado la carga probatoria, por cuánto él, como primer paso en su reclamación, debe demostrar no sólo el perjuicio padecido sino la vinculación del mismo con la conducta del sujeto o con la cosa generadora del perjuicio. Ello es así, sea el factor de atribución objetivo o subjetivo, siempre debe acreditar el nexo causal. Desde otra óptica se expresaron Mayo y Prevot cuando señalaban que “como resulta lógico, y en razón de los principios probatorios comunes antes expuestos, el damnificado es quién deberá acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido. Se está aquí, podría decirse, ante la aplicación lisa y llana del principio según el cual la carga de la prueba de los hechos constitutivos del derecho invocado corresponde a quién lo hace valer, tanto en materia contractual como extracontractual.”⁶

En cuanto a la carga probatoria de la causa ajena o de la imposibilidad de cumplimiento, la persona imputada prima facie como responsable del deber de resarcir tiene la carga

⁶ MAYO, Jorge A. y PREVOT, Juan Manuel, *“La carga de la prueba en los juicios de daños y perjuicios”*, RC Ys, 2007-148.

probatoria de la causa ajena que puede ser el hecho de la propia víctima o de un tercero por quién no se deba responder o de la imposibilidad de cumplimiento. La prueba de la eximición del deber de resarcir está condicionada a las exigencias que para cada hipótesis imponen los arts 1729, 1731, 1732 y 1733 antes comentados. Evidentemente, el legislador impone al sujeto dañador el deber de acreditar su no autoría y, a partir de ello, por consecuencia lógica, la inexistencia de un factor de atribución o de reproche.

Este criterio fue criticado por Vázquez Ferreyra, cuando indicaba que frente a los distintos mecanismos que llevan alivio de la carga probatoria de la relación causal o de la negligencia profesional, así por ejemplo en España se recurrió a la tesis de la prueba prima facie o por primera impresión, en Francia a la llamada *faute virtuelle*, en Italia a la máxima **id quod plerunq̄ accedit**, en los países del Common Law a la regla *res ipsa loquitur*, en Argentina a la prueba de presunciones y a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, etc.”.

Entiende también que “no se puede poner sobre las espaldas de los médicos, las consecuencias de los procesos patológicos de sus pacientes. En otras palabras, una cosa es facilitar en determinados supuestos excepcionales la prueba de la culpa médica, y la otra completamente distinta y errónea a nuestro criterio en forma general la carga de la prueba de la culpa”.⁷

VI.- Conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 28, 29 y 30 de septiembre de 2017.

En el panel de la Comisión 12: Interdisciplinaria: donde se discutieron las "Relaciones entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Procesal", el despacho de la mayoría, respecto a las cargas dinámicas, sostuvo que "no ha sido acompañada de la necesaria claridad acerca de sus alcances concretos: supuestos y condiciones de aplicación,

⁷VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “La prueba de la relación causal y de la culpa en los litigios por daños. La pérdida de chance”, RC y S,2001-43;LLPatagonia 2001-948.

diferencia de fuentes, oportunidad y necesidad de su anticipación (aviso previo y preciso)", entre otros temas.

El despacho de la minoría (Dres. Calvino y Padilla): Sostuvo que "la doctrina de la carga dinámica de la prueba es inconstitucional y no debió estar incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, por lesionar la garantía del debido proceso".

VII.- Las cargas probatorias dinámicas en el derecho comparado

1.- Es en el Derecho anglosajón donde más se ha desarrollado. En Estados Unidos se mantiene la regla de que pesa sobre el paciente la carga de probar la negligencia del médico, y que ésta fue la causa del daño y se ha dicho que la carga no se cumple mostrando un resultado adverso siendo que "La ley no pone sobre el demandado la carga de probar que ha obrado con diligencia". Es una regla probatoria por la cual la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa, también presume que la próxima causa del daño fue la culpa.

Entre los fundamentos de su aplicabilidad en la responsabilidad médica, se han citado los siguientes: 1) El paciente deja su seguridad en manos del médico, y 2) el médico está en mejor posición para explicar lo sucedido.

Los detractores de esta doctrina expresan que no es aplicable: 1) Porque el médico no garantiza resultados; 2) porque se equipara a la responsabilidad objetiva, y 3) se puede condenar inocentes por sucesos inexplicables. Entre los requisitos de su aplicación se pueden mencionar los siguientes: 1) Debe tratarse de un hecho que normalmente no ocurre sin negligencia. La mera rareza no es suficiente, la presunción de negligencia debe surgir a la luz de la experiencia pasada 2) No se trata simplemente del resultado adverso. Consideran que la negligencia debe aparecer, entre otras causas, como la más probable; 3) Debe haber un control del paciente y del instrumental, si no hay posibilidad de control no hay culpa, y 4) No debe existir contribución causal o culposa de parte del paciente.

Para ello se requieren tres condiciones: A) Que el accidente sea de la clase que

ordinariamente no ocurre en la ausencia de algún tipo de negligencia; B) Que haya sido causada por un agente o por un instrumental bajo el exclusivo control del demandado, C) Que no haya existido contribución de parte de la víctima. La doctrina es utilizable cuando el accidente es probablemente el resultado de una negligencia; es un problema de sentido común.

En cambio, cuando el riesgo es inherente a la operación y la injuria es del tipo que es raro que ocurra, la doctrina es aplicable sólo si puede decirse a la luz de la experiencia pasada, que tal ocurrencia es más probablemente el resultado de una negligencia que una causa por la cual el demandado no es el responsable ("Siverson vs. Weber", 57 Cal. 2d 834, 2 Cal Reprtr 337, 372, P 2d. 97).

Esta doctrina, se ha aplicado a: olvido de objetos en el cuerpo del paciente ("Ales vs. Ryan", 8 Cal. 2d. 82. 64. P2d. 409; "Mudd. vs. Dorr", 40. Colo App. 74, 574, P2d. 97); daños a partes del cuerpo del paciente que están cercanas o en el área de tratamiento, o cuando se ha quemado al paciente con rayos infrarrojos, o rotura de un diente del paciente cuando éste estaba anestesiado, o fractura de la mandíbula, durante una extracción de dientes; la lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica, lo que no ocurre normalmente (Am Jur. 61. 2d., p. 335).

También es frecuente en el caso de la anestesia: muerte del paciente bajo anestesia desarrollando parálisis seguida de una anestesia espinal ("Seneris vs. Haas", 45. Cal. 2d. 811.291. p2d. 915. 53. ALR 2d. 1262. 124. Am Jur. 61 2d. 337). En una acción seguida contra una enfermera anestesista alegando mala práctica resultante en la muerte del paciente inmediatamente después del comienzo de la administración de la anestesia general, se estableció que no es tipo de mala práctica, que se entra dentro del concepto de sentido común y la doctrina no es aplicable ("Forney vs. Memorial Hospital", Tex Civ App. 9th dist. 543. SW 2d.). No se aplica la doctrina por el solo hecho de que se trate de un caso raro. Es inaplicable cuando el paciente sufre una relativamente rara reacción adversa a una droga que pudo ocurrir en ausencia de negligencia ("Trogun vs. Fruchtman", 58 Wis. 2d.

596.207. NW 2d.297; id., "Sister of St Francis vs. Long", 190. Tenn. 434.230, S.2d.659).

En algunos casos su aplicación no produce controversias porque son evidentes: el oblitio quirúrgico, traumatismos en campos anexos al de la operación, infecciones, daños derivados de intervenciones quirúrgicas menores, anestесias simples. En cambio, hay una gran discusión y variedad de soluciones según los tribunales y Estados en otras situaciones donde no hay tanta claridad, como los errores de tratamiento o de diagnóstico, o en un riesgo inherente o calculado en el tratamiento.

2.- En Francia es conocido el desarrollo de la "falta virtual", que puede ser asimilada al instituto que examinamos, aunque con variaciones importantes. La regla de lo que sucede con más frecuencia favorece al médico, puesto que es normal que el galeno preste cuidados, pretende que la falta presunta es el fundamento del régimen de la prueba en las obligaciones de resultado, y no es aplicable a las de medios.

3.- En España se partió de la prueba de presunciones regulada en los artículos 1249 y subsiguientes del Código Civil, y se la ha conocido como prueba prima facie, y también como "*id quod plerumque accedit*". Un hecho que por sí solo determine probabilidad es la noción que utilizó el Tribunal Supremo en varios fallos a partir del año 1943⁸.

Para culminar esta presentación y más allá del conocido cuestionamiento que puede hacerse en cuanto a la verdadera intromisión que ocurre con la inclusión de normas procesales en el Código de fondo, lo cierto es que no puede cuestionarse que dicha normativa viene a dar luz a ciertas cuestiones que necesitaban dilucidarse. En este sentido comienza un nuevo

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, "Teoría General de Distribución de Carga Probatoria" Revista de Derecho Privado y Comunitario Tomo: 1996 - 13. Prueba - I.

camino en el ámbito del proceso con nuevas herramientas que surgen de estos preceptos legales que habrán de ser analizados a fin encontrar clarificación en estas cuestiones.

La flexibilización de la carga probatoria nos permite aspirar a un Derecho posible, tratando de despegarse de los sistemas “pétreos”. Pasar a un sistema de cargas dinámicas que pueden recaer en cabeza del actor o del demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes y así flexibilizar el sistema, no quiere decir desestructurarlo, sino en muchos casos lograr que se encuentren en planos de efectiva igualdad las partes que intervienen en el proceso.

Como se dijo en este trabajo, se trata de no perder de vista que la tutela judicial efectiva que tiene reconocimiento constitucional impone entender que en los procesos judiciales se debe buscar la verdad real, y en el ello el principio de buena fe impone a los litigantes deber de colaboración en pos de que se conozca cómo fueron realmente los hechos acaecidos a fin de permitir que el Juez pueda dictar una sentencia ajustada a derecho.