

El Código Civil y Comercial y las cargas dinámicas probatorias en torno a los factores de atribución de responsabilidad civil

Consagración legislativa de un (no tan) sorprendente e inconstitucional retroceso en materia probatoria

Civil and Commercial Code and the dynamic burden of proof related to civil liability

Legal provisions of a (not much) surprising unconstitutional setback related to law of evidence

Nazareno Díaz Orrac [1]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Partiendo de los conceptos basales de ‘carga procesal’ en general, y de ‘carga de la prueba’ dentro del proceso en particular, analizamos la facultad otorgada por el legislador -a través de la Ley 26.994 y anexos- a los jueces en el Art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación, facultad en torno a la potestad de desplazar el ‘onus probandi’ mediante la recepción normativa de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En base a ello, confrontaremos las mentadas nuevas facultades judiciales con la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio y los principios de igualdad y de previsibilidad, haciendo mención a la doctrina acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en torno a la “Sorpresa procesal”, con el fin de elucidar si las cargas dinámicas como así también el aviso previo que haga el juez a las partes contemplados en la norma, logran o no satisfacer los extremos constitucionales del Debido Proceso.

Por último, haremos referencia a las proyecciones en materia de legislación procesal, que responden -en definitiva- a las dos posiciones filosóficas antagónicas denominadas “activismo judicial” y “garantismo procesal”. Así, en relación a la carga de la prueba, repasaremos el proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, enrolado en la primera de las posturas jusfilosóficas, y el Código Procesal General Modelo para la justicia no penal de Latinoamérica, enarbolando las banderas del garantismo procesal.

II. Recorte metodológico: el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) [\[arriba\]](#)

Abocándonos entonces a desarrollar las ideas esbozadas precedentemente, comenzaremos por establecer el objeto específico del presente, esto es, definiremos[2] qué será -dentro del vasto campo del Derecho Civil y Comercial en general, y del campo de la Responsabilidad Civil y el Proceso, en particular- objeto de análisis, de argumentación y de conclusiones.

En esa línea, el presente trabajo únicamente tratará la cuestión que rodea a las facultades que el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) otorga a los jueces para “distribuir” la carga probatoria en los procesos que versan sobre atribución de responsabilidad. Por tanto, y asumiendo que como cada recorte implica una elección un tanto arbitraria, no haremos referencia ‘in extenso’ a los presupuestos de la responsabilidad por acto ilícito (acción, antijuridicidad, daño, factor de atribución, relación de causalidad), ni a los lineamientos que consagra la nueva normativa de fondo en relación a los mismos [antijuridicidad: arts. 1717 y ss.; daño: arts. 1737 y ss.; relación de causalidad: arts. 1726 y ss.; factores de

atribución subjetivos: arts. 1724 y ss.; y objetivos: arts. 1721, 1722, 1723, 1750, 1753, 1757, 1760, 1761, 1762, 1763, 1767, 1769, 1770 del CCvC).

Dejamos de lado, asimismo, las consideraciones en relación a la inconstitucionalidad -o no- que tal norma contiene en su germen, en torno a si se invadió por parte del Congreso de la Nación, terreno jurídico no cedido constitucionalmente por las provincias, lo que deberá ser ámbito de futuras reflexiones[3], por lo que fundamentalmente dirigiremos los presentes comentarios y embates a la cuestión estrictamente procesal que consagra el Art. 1735 del referido cuerpo legal, en relación a la distribución de la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida como facultad judicial.[4]

III. La norma [\[arriba\]](#)

Siguiendo la dirección propuesta, comenzamos diciendo que, conforme se desprende de la exposición de motivos (Fundamentos) del Código Civil y Comercial[5], “...en materia de factores de atribución de la responsabilidad y las eximentes, la carga de probar le incumbe a quien los alega, conforme a lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, siendo la solución del Proyecto de 1998 (artículo 1619).” Hasta aquí, la normativa de fondo, a través de su Art. 1734, coincide con lo que dispone el Art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[6], y las disposiciones de los códigos adjetivos que siguieron su línea, estableciendo la ya conocida y objetiva regla de ‘quien alega, prueba’.

A tal regla general se le adiciona, a renglón seguido y según los codificadores, la posibilidad de que el juez pueda ponderar cuál de ambas partes se halla en mejores condiciones de aportar prueba sobre ciertos y determinados extremos. Esto es así porque -en opinión vertida en los fundamentos- “esta regla (la de “quien alega, prueba”) 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.”[7]. La consecuencia de tal óptica, se evidencia en que existe entonces una regla general legal (objetiva) que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente, y una facultad judicial (subjetiva) a excepcionar tal regla. En pocas palabras, la reforma incorporó la “Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas”, sustentada en el principio de cooperación procesal y siendo el profesor santafesino Jorge W. PEYRANO, uno de sus máximos impulsores y exponentes actuales.

De esa manera, vio la luz el Art. 1735, que dispone lo siguiente: “Artículo 1735. Facultades judiciales. No obstante[8], 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.”

Refiere el Dr. Ricardo LORENZETTI, en relación al artículo en análisis, que es notoria la significación que tiene esta incorporación a la normativa de fondo, ya que “es una disposición sin precedentes en el código derogado” y que “se adopta un término medio entre las posturas favorables y las críticas a la admisión de aquella teoría (de las cargas dinámicas)”, concluyendo que ‘a efectos de preservar

el derecho de defensa de las partes se dispone que el juez debe comunicar previamente a los litigantes que aplicará ese criterio'[9]

Sin embargo, consideramos que la reforma introducida no satisface los extremos constitucionales que recubren la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, afectándose el derecho de defensa de las partes, tal como a continuación se expone.

IV. Conceptos basales: un necesario punto de partida [\[arriba\]](#)

Para demostrar nuestra postura argumental, deberemos necesariamente realizar conceptualizaciones básicas, que nos permitirán saber de qué hablamos cuando hablamos de carga de la prueba. Ello, nos remonta a un concepto más genérico, que es el de carga procesal.

En ese tren, y tomando la definición propuesta por el profesor Enrique N. AMAYA, definimos a la CARGA PROCESAL en un sentido amplio, como “la facultad que incumbe a la parte de ejecutar o rehusar sin coacción jurisdiccional alguna, los actos integrativos del proceso, o asumir una cierta postura en el litigio, pero que significando un incumplimiento, desobediencia o simplemente una inercia, apareje consecuencias desfavorables o inconvenientes para quien adopta esa postura”[10]. Es decir, de la definición se desprenden sus elementos: tenemos una orden, un plazo, y un apercibimiento. Campea el elemento de no coacción, de ahí que la carga procesal se haya identificado desde siempre como un ‘imperativo del propio interés’.

A su turno, y ya dentro del ámbito particular del proceso judicial, siguiendo la definición propuesta por Hernando DEVIS ECHANDÍA[11], decimos que “carga de la prueba es una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte”. Se consagra una directiva para el juez, al decir de Isidoro EISNER (autoradísima doctrina en materia de prueba), ya que “... cuando el juez advierte que un hecho controvertido, de importancia en la causa, ha quedado sin justificar, no resultando que haya ocurrido ni que haya dejado de ocurrir, recién entonces buscará guía y mandato en las normas sobre la distribución de la carga de la prueba y rechazará la pretensión de aquella parte que tenía interés en afirmarlo por valer de sustento a la misma y al derecho invocado, que lo exige para conceder sus efectos jurídicos”[12]

Tal es, por otra parte, la regla establecida en el Art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires[13], cuando legisla que “incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o Tribunal no tenga el deber conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

En nuestra opinión, la regla mencionada en el código adjetivo bonaerense (reproducción del Art. 377 del CPCC de Nación), consagra una pauta de pura objetividad, lo que resulta sano a los fines del Debido Proceso, entendido como aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: el método de debate dialogal entre dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa, reuniendo las condiciones de imparcial, imparcial e independiente.[14]

V. Consagración legislativa de un (no tan) sorpresivo e inconstitucional retroceso en materia probatoria [\[arriba\]](#)

Tal como fue adelantado en la proposición de este trabajo expresamos que —partiendo de los conceptos referenciados y de la ‘mecánica’ de las reglas sobre cargas probatorias— la norma en comentario, al facultar a los jueces la posibilidad de desplazar el onus probandi, imponiendo coactivamente el deber —ya no la carga, definida precedentemente— de probar en cabeza de una de las partes, resulta un alzamiento frente a la garantía constitucional del Debido Proceso. E implicó —lisa y llanamente—, un claro retroceso en materia probatoria.

Varios autores, entre ellos, los codificadores y calificada doctrina, centraron sus esfuerzos en intentar sortear la inconstitucionalidad que contiene en su germen la norma en comentario; para ello, apoyaron sus tesis en los siguientes puntos: 1.- Las normas procesales en un código de fondo, no afecta autonomía de las provincias (Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ‘in re’ "Bernabé Correa" - Fallos 138:157); 2.- La teoría de las cargas dinámicas probatorias no afecta al debido proceso; 3.- El juez puede alterar la carga de la prueba, siempre y cuando se lo comunique oportunamente a las partes.

Del punto referido a la constitucionalidad o no, no daremos argumentos dado el recorte metodológico propuesto. Pero sí haremos hincapié en cómo los puntos 2 y 3 afectan las garantías de igualdad y de inviolabilidad de la defensa en juicio. Comencemos:

Partimos de que, conforme al Art. 7° del Código Civil y Comercial, las leyes procesales se aplican a las causas pendientes desde el momento de su vigencia, sin que puedan invocarse derechos adquiridos a proseguir con la regulación anterior respetando los actos procesales cumplidos y firmes, y si operó la preclusión o la consumación del acto procesal ejercido. En ese sentido ARAZI —citado por GALDÓS, en un interesantísimo trabajo doctrinario[15]—, señala que en los procesos judiciales en trámite al momento de entrada en vigencia del CCCN es necesario diferenciar las normas procesales de las referidas al derecho de fondo que aplicará el juez para resolver el litigio; las primeras se rigen por la nueva ley, con excepción de los trámites, diligencias y plazos cumplidos o que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso, los cuales se regirán por las disposiciones entonces vigentes. En parecido orden de ideas se postuló armonizar las instituciones de fondo con "las procesales tales como el ius superveniens, la cosa juzgada, la sustracción de materia la preclusión, la traba de la litis, el principio de ejecución de los actos procesales, el comienzo del cómputo de términos procesales, la congruencia y otras que también, de alguna manera, son portadoras y defensoras de garantías constitucionales que no pueden ser preteridas. La constitucionalización del Derecho Civil no puede olvidar y así computar el fenómeno de la constitucionalización del proceso civil. Es decir, que, llegado el caso, se deberá procurar armonizar la elección normativa con el funcionamiento de los mencionados institutos procesales". Concluye el camarista azuleño, entonces, que las normas procesales de aplicación inmediata a los juicios en trámite incluyen las atinentes a la prueba, algunas previstas expresamente; por ejemplo sobre la prueba de los factores de atribución y de las eximentes (arts. 1734 CCCN), de la relación causal (art. 1736 CCCN), del daño (art. 1744 CCCN) y sobre las cargas probatorias dinámicas del art. 1735 CCCN. Y aquí es donde comienzan las complicaciones.

V.1. “La teoría de las cargas dinámicas probatorias no afectaría al debido proceso (Art. 1735 CCyC primera parte): No se nos escapa, haciendo nuestras las palabras del Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, que las banderas que levanta la corriente

filosófica denominada Activismo Judicial (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera), corriente filosófica de la que emana este resurgimiento de la “teoría de la carga dinámica probatoria”, ganan adeptos rápidamente, pues ¿Quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad? Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino —así de simple— de no colocarlas por encima de la Constitución.[16] Lamentablemente, tal ilógico alzamiento dentro de nuestra estructura piramidal constitucional, es el que evidencia la norma del Art. 1735 del CCyC en comentario. Decimos que el artículo mencionado no sólo afecta al Debido Proceso, sino que además, implica una consagración legislativa de una teoría que —si bien hoy día se encuentra en el foco de los estudios doctrinarios de renombre— evidencia un claro retroceso en materia probatoria.

Y ello así porque la preocupación por las cargas de la prueba desde Roma, en donde el pretor distribuía la prueba según el criterio de mayor facilidad para probar (como vemos, nada nuevo hay bajo el sol), avizoraba ya desde entonces, que tal criterio estaba envuelto en la más pura subjetividad; en consecuencia se repensó el tema, a fines de lograr una regla que sea objetiva y conocida por todos.

Así, en un plano de evolución, se consolidó la regla de ‘quien afirma, prueba’, la que, por ser muy rígida y dar lugar a obscuridades, evolucionó nuevamente, en una regla de pura objetividad que indica que debe tomarse en cuenta el tipo de hecho que se afirmó y que fue negado (“hecho controvertido”). De allí, se estableció la norma objetiva contenida en el Art. 377 del CPCCN, que, en una regla simple y no por ello, menos clara y contundente, establece 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 excepción.”. Tal regla importó, en su momento, la superación de los criterios de pura subjetividad que reposaba en la discrecionalidad del Pretor (Juez), y la consagración de reglas claras y objetivas de juego, para todo aquel que necesariamente acudiera a los tribunales, teniendo en cuenta la quintuple clasificación de los tipos de hechos (constitutivos, extintivos, invalidativos, convalidativos e impeditivos).

En conclusión, y adhiriendo en el razonamiento lógico esbozado por el Dr. Gustavo CALVINHO[17], cuando existe norma que dispone una regla general sobre carga probatoria, que es lo que mayormente ocurre, ni siquiera existe margen para la aplicación pretoriana de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Porque, si un hecho afirmado necesitado de prueba no ha sido demostrado adecuadamente, el juez deberá manejarse con las reglas legales —la general y las especiales, según el caso— o considerar el régimen presuncional. Por consiguiente, en el régimen de los códigos rituales que siguen la estructura del Código Procesal Civil y Comercial de Nación, la teoría de las cargas dinámicas probatorias no tiene ni pueden tener lugar.

No obstante, la introducción de la posibilidad de aplicar esta teoría, implicará dejar de lado el plano de la seguridad, la previsibilidad y la objetividad, para volver a los criterios de pura subjetividad, de discrecionalidad judicial, encontrando claras contradicciones entre el Art. 8 y el 1735 del Código Civil y Comercial, ya que si la ley se presume conocida por todos, y a partir de ahí, se entiende que las personas conocen de antemano como se desarrollará un proceso, que el juez pueda distribuir tales cargas de desahogo probatorio a su antojo —en definitiva, es una decisión discrecional y subjetiva—, ello no permite conocer previamente los andariveles por los que se desarrollará el proceso. Se retorna a un criterio que fue superado, tras largos años de estudios procesales serios, y de

experiencias por demás injustas, que lamentablemente, estamos expuestos a volver a sufrir.

Y decimos lamentablemente, por cuanto mayores esperanzas de cambio no nos da nuestro Máximo Tribunal Provincial, dado que en un reciente pronunciamiento[18], la Suprema Casación Local ratificó la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas, aunque mediante un argumento ‘obiter dicta’, manteniendo la Doctrina Legal que establece que “ello no significa que el principio por el cual ‘quien afirma debe probar’ haya quedado abolido en estos casos específicos de mala praxis médica (conf. doct. Ac. 79.058, sent. del 19-II-2002; C. 116.663, sent. del 4-IX-2013, entre otras), sino que se lo ha definido claramente haciendo recaer el deber de aportar elementos de convicción, también, sobre quien se halla en mejores condiciones para hacerlo.”

V.2. “El Juez puede alterar la carga de la prueba, siempre y cuando se lo comunique oportunamente a las partes (Art. 1735 CCC, segunda parte)”: El segundo embate, lo dirigimos en el sentido que —contrariamente al título de este apartado— la comunicación previa que haga el juez a los litigantes, de todas maneras afecta al debido proceso.

Sostenemos tal tesis, atento a que tanto en los fundamentos del Código Civil y Comercial, como en varios textos doctrinales, se dijo que uno de los problemas que se ha discutido en relación a la posibilidad de insertar esta facultad de distribución probatoria, 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. En ese sentido, arribaron a la conclusión que “por esta razón 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.”[19]

En nuestra humilde opinión, sin desmerecer los enjundiosos estudios y labores de los codificadores y de los doctrinarios que comentan nuestro reciente Código de Fondo, la comunicación que el Juez haga a las partes de que va a alterar las reglas del ‘onus probandi’, así sea al comienzo de la etapa probatoria, es decir, con el “auto de apertura a prueba”, no satisface las exigencias constitucionales que rodean a la garantía de “inviolabilidad de la defensa en juicio”. Ello por las siguientes razones:

Conforme DEVIS ECHANDÍA[20], a partir de su concepto de carga de la prueba esbozado en el acápite III del presente, pueden determinarse las características elementales de tal instituto: a.- Se trata de una regla de juicio para el órgano jurisdiccional, al imponerle el dictado efectivo de la sentencia (evitar el ‘non liquet’), aun mediando inexistencia o insuficiencia probatoria sobre determinado hecho litigioso. Adicionalmente, lo obliga a dictarla en contra de la parte que, teniendo sobre sí la carga, hubiera omitido su cumplimiento. b.- Paralelamente, significa una pauta de actividad para las partes, estableciendo cuál de ellas asume el riesgo de la derrota procesal, ante la orfandad o insuficiencia probatoria de los hechos sobre los cuales ha sustentado su interés litigioso; c.- Por tal razón, el instituto resulta independiente del sistema de valoración judicial de la prueba y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que los litigantes están obligados a desarrollar en el decurso del proceso; d.- la distribución de dicha carga resulta “normativa”. Es decir que debe estar necesariamente consagrada en la ley. Consecuentemente, dicha distribución no debe quedar al arbitrio del órgano judicial en cada caso concreto.

Como vemos, de las reglas enunciadas por el maestro colombiano, la carga probatoria es algo que va a interesar a los justiciables en forma PREVIA incluso a encarar un eventual litigio (es más, arriesgamos, deben ser conocidas al momento del hecho generador que luego se discutirá en el proceso), por tal razón, se encuentra objetivamente regulada en todos los Códigos sustanciales y de procedimiento, expresa o tácitamente, a fin de otorgar certidumbre inicial a los contendientes en litigio. Esta certidumbre, aparece como reflejo de un valor fundamental para el proceso: el de PREVISIBILIDAD.

El Art. 1735 del Código Civil y Comercial, al permitirle a un juez alterar una regla que debería estar expresamente contenida en la ley, afecta gravemente tal valor al no consagrar una regla aplicable para la generalidad de los casos, sino dejando en manos de jueces, a través del dictado de normas jurídicas de alcance particular, la posibilidad de determinar las reglas del juego, una vez que el juego se encuentra avanzado (o incluso, una vez terminado). Esta afectación genera un lógico estado de incertidumbre, imprevisibilidad y -consecuencia de ello- afectación clara a la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio. Es que, cuando la teoría de las cargas dinámicas probatorias es acogida legalmente, la posibilidad de indefensión sí existe. Ello así porque en todos aquellos casos en los que se faculta a un juez para distribuir la carga de la prueba en general, sólo podrá hacerlo una vez que esté el proceso ya iniciado -cuando la oportunidad se fija para la audiencia preliminar (en Nación), o durante la fase probatoria- o una vez que terminó el debate procesal (como primigeniamente se entendió la teoría de las cargas dinámicas). En todas las hipótesis planteadas, se ve afectada la actuación de las partes en cuanto a la guía que representa la carga de la prueba como regla de conducta para ella, la cual tiene su incidencia, desde mucho antes de producido el conflicto mismo[21]. Lo óptimo, concluye el profesor Gustavo CALVINHO –a quien adherimos–, es que se encuentre determinada antes de la generación misma de los hechos, para que las partes actúen en consecuencia, tomando las previsiones en sus comportamientos y en el eventual desenvolvimiento estratégico procesal posterior, a fin de ejercer plenamente su derecho de defensa en juicio.

Entonces, sostenemos que la solución debió pasar por la legislación –siempre por la ley– y nunca por los jueces, donde se establecen, como en la generalidad de los códigos adjetivos, reglas claras sobre quién tiene que probar según el tipo de hecho que alega, para así saber de antemano, antes de ingresar al proceso, qué recaudos tiene que tomar en orden a un eventual litigio en su contra, o también en una posible posición de actor. Ello en razón de que la ley es objetiva y de alcance general. Por lo demás, y conforme surge expresamente del Art. 8° del Código Civil y Comercial, “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento”, es decir, la ley se presume conocida por todos –Principio de inexcusabilidad–.

En las antípodas, encontramos que el criterio del Juez siempre resulta subjetivo, particular y variable en cada caso, en cada departamento judicial y en cada instancia. Nótese que lo que puede resultar sencillo de probar desde la óptica de un juez, puede no serlo desde la propia óptica de la parte a quien se le impone, o desde el punto de vista de otro juez, de otro departamento judicial, generándose un caos que se pudo haber evitado.

La tesis que sostiene que la comunicación previa no afecta tales garantías, contiene entonces una falacia argumentativa, y ello se notará más aún en los procesos en trámite por la aplicación inmediata de la normativa Civil y Comercial (Art. 7° Código Civil y Comercial), y que ya hizo eco en actual jurisprudencia del fuero. Así, en la causa 2-60896-2015, fallada recientemente (16 de agosto de 2016), por la Excelentísima Cámara de Apelación de Azul, Sala II integrada por los

Jueces Peralta Reyes, Galdós y Longobardi, en el Considerando 2 del cuerpo sentencial (Registro de Sentencias Nro. 88), expresaron que “el Código Civil y Comercial es de aplicación inmediata (Art. 7°) y en responsabilidad extracontractual, por imperio del mencionado Art. 7° resulta de aplicación la ley vigente al momento del hecho, lo que no quita que algunas cuestiones (v. gr., aspectos procesales y cuantificación del daño) quedan alcanzadas por la nueva normativa por tratarse de consecuencias no agotadas, no consumidas o no cumplidas bajo el imperio de la ley anterior. Es decir, comenzamos el proceso con ciertas reglas de prueba que sabemos de antemano van a pesar sobre nosotros, y luego, sorpresivamente, el juez las altera, comunicando a las partes tal decisión, generando un caos y afectando gravemente la seguridad jurídica, echando por tierra las estrategias que habíamos adoptado, “transformando al proceso en un derrotero sinuoso e impredecible para los litigantes”[22]. Un sinsentido jurídico que por otra parte, choca con la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la “sorpresa procesal”. Si bien su denominación -explica el profesor Gustavo CALVINHO- es un tanto ligera y se la formulaba por la negativa – por ejemplo, descartando que pueda perjudicarse a la parte sorprendiéndola con cierto requerimiento, si éste ya previsto en la ley (Fallos 321: 3309, 01/12/1998; 323: 814, 25/04/2000; 324: 2960, 25/09/2001) – a contrario sensu, causaría gravamen la aplicación de algo no previsto por el legislador en perjuicio de uno de los litigantes[23].

Por último, otra de las cuestiones que a nuestro criterio quedaron sin resolver, pero que exceden este marco y que esperamos pueda ser disparador de inquietudes y futuras reflexiones, es la relativa a la naturaleza procesal del auto que dispone el desplazamiento del ‘onus probandi’. ¿Resulta apelable y/o recurrible el mismo?, ¿Qué tipo de resolución -dentro de la clasificación tripartita de auto, interlocutorio y sentencia-, es? A simple vista resulta un auto simple -valga el juego de palabras- y sin embargo altera todo el desarrollo procedimental de la etapa confirmatoria. Lo señalado, se vislumbra como un nuevo elemento disvalioso de la reforma: si la idea de los codificadores fue legislar cuestiones procesales, debieron hacerlo en todos sus aspectos, debiendo regularse -incluso, y de paso- el o los medios impugnatorios con que cuenta la parte afectada por este inconstitucional cambio de reglas de juego, cuando el juego ya empezó.

VI. Proyecciones: entre dos modelos ideales de proceso [\[arriba\]](#)

Para ir finalizando, decimos que las incorporaciones de este tipo de normas a nuestro ordenamiento jurídico, no tienen únicamente implicancias teóricas o de debate académico, las que sin dudas son de un atractivo mayúsculo, sino antes bien, las normas procesales contenidas en el Código Civil y Comercial, reabrieron el debate en torno a qué tipo de proceso queremos legislar como herramienta para la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses de los que acuden a los Tribunales.

Así, en resumidas cuentas, existen -a nuestro humilde modo de ver- dos modelos ideales de proceso, que se vislumbran antagónicos entre sí: uno en el cual decida continuarse legitimando las inconstitucionalidades señaladas en el acápite “V” del presente trabajo, con sus aumentos a las potestades discrecionales de los jueces y con disvaliosas consecuencias para la libertad y las garantías de los justiciables, o diseñar un proceso que respete absolutamente todas las garantías que giran en torno a lo que se conoce como “Debido Proceso”, sin perder de vista la igualdad procesal a la que deben sujetarse los litigantes y que está llamado a guardar, respetar y hacer respetar celosamente el Juzgador.

A la primera de las dos opciones, se llega mediante una “adaptación” de las codificaciones provinciales a la norma en estudio, en una clara admisión de derrota y de ceder (sin reforma constitucional mediante), esas facultades estatales no delegadas.

Tal es lo que en nuestra opinión propugna una fuerte parte del pensamiento procesal actual, y se vio reflejado en el “Anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial, y de Familia”, de actual tratamiento legislativo en la Legislatura de la provincia de Buenos Aires. En efecto, sostiene el mencionado anteproyecto, en su Art. 348, que “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.” Hasta aquí, coincide con una pauta de pura objetividad, siguiendo la más seria tradición jurídica. No obstante, a renglón seguido, dispone la norma proyectada que “...en los casos en que el interés comprometido lo requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal. Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes, según les sea a éstas más cómodo aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde, según las particularidades del caso. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del juez, ni a la apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida. Los jueces o tribunales deberán obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa.”. De esta segunda parte se desprenden reglas abiertas, para nada claras, dejando al arbitrio discrecional del Juez “según las particularidades del caso” (y, nos permitimos agregar, según sus propios prejuicios y circunstancias personales ya que, como sostiene ORTEGA Y GASSET, el juez es “él y sus circunstancias”) la distribución probatoria. Se legisla asimismo iniciativa probatoria de oficio, lo que equivale a un juez investigador, que afecta gravemente su imparcialidad y su imparcialidad. En síntesis, reglas de pura subjetividad, y -en consecuencia- imprevisibilidad e inseguridad jurídica para los justiciables.

Por su parte, y en las antípodas, el diseño de un proceso que respete las garantías constitucionales (segundo modelo ideal) se ve consagrado en el “Proyecto de Código Procesal General modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica”, texto aprobado en el XXVII Encuentro Internacional del INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, llevado a cabo en la ciudad de Panamá bajo la presidencia del procesalista chileno Hugo BOTTO OAKLEY, en el mes de mayo de este año 2016. El mencionado proyecto, en su Libro Cuarto, Título Tercero, incluyendo los Arts. 394 al 509, regula toda la etapa confirmatoria. A los fines del presente, interesa particularmente lo que legisla el Artículo 398, en relación a la incumbencia (carga) de probar en cabeza de las partes, estableciéndose una clara regla -legislativa- a ese respecto, que toma como base, el tipo de hecho a probarse, en su clasificación de constitutivos, extintivos, invalidativos, convalidativos e impeditivos, esbozado y seguido por calificada doctrina procesal. Dispone el artículo comentado que “Incumbe al actor la carga de probar el hecho generador del derecho o de la responsabilidad que afirma en la demanda como fundamento fáctico de su pretensión. Incumbe al demandado probar el hecho que lo exime de responsabilidad o que demuestra la inexistencia del derecho pretendido, que

afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera. Tales hechos pueden ser: 1) hecho constitutivo: es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido; 2) hecho extintivo: es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho; 3) hecho invalidativo: es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión; 4) hecho convalidativo: es el que afirma todo aquel contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo; 5) hecho impeditivo: es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas.”. A poco que se lea la norma, se advierten reglas claras, pautas de pura objetividad, que establecen la carga probatoria según el tipo de hecho alegado, independientemente si quien lo invoca es parte actora o demandada, despojando todo atisbo de discrecionalidad judicial. En síntesis, y como se observa, previsibilidad y seguridad jurídica para quienes deberán enfrentar un proceso judicial, garantizando así la imparcialidad judicial, como elemento ineludible que integra el Debido Proceso.

Como se puede advertir, ambas normativas resultan ser proyecciones legislativas de dos sistemas de enjuiciamiento diametralmente opuestos e irreconciliables: mientras el primero aumenta los poderes del juez, otorgando amplias facultades a los magistrados, en detrimento de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio, como así también afectándose el principio de igualdad de las partes y la previsibilidad necesaria de todo Estado de Derecho, lo que lo coloca en la corriente denominada Activismo Judicial; el segundo proyecto referenciado tiende a limitar los poderes de los magistrados, estableciendo reglas claras para que, de antemano y previo a ingresar al proceso, las partes sepan quién asumirá los riesgos de no aportar las pruebas que confirmen sus afirmaciones, garantizando así la igualdad de oportunidades y manteniendo al Juzgador en su rol de tercero imparcial, imparcial e independiente; colocando al proyecto modelo dentro de la corriente denominada Garantismo Procesal.

VII. Conclusiones [\[arriba\]](#)

A modo de conclusión, consideramos que la norma del Art. 1735 del Código Civil y Comercial implicó una consagración legislativa de un retroceso en materia probatoria que, por lo demás, deviene insalvablemente inconstitucional, al afectar la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, y un principio cardinal que inspira (o debe tender a inspirar) el ordenamiento jurídico en su conjunto: el de previsibilidad.

Vemos como posible solución, que debe partirse de reglas que sean objetivas y provenir desde la legislación —siempre por la ley— y nunca de —ni por ni para— los jueces. Ello en razón de que la ley es objetiva y de alcance general (por lo demás, y conforme surge expresamente del art. 8° del Código Civil y Comercial, “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento”, es decir, la ley se presume conocida por todos - Principio de inexcusabilidad-), y que, el art. 1735 en comentario, no contiene una regla de tal objetividad, encontrándonos a la hora de arrimar la prueba al proceso, con criterios de Jueces que siempre serán subjetivos, particulares y variables en cada caso, en cada departamento judicial y en cada instancia.

Por otra parte, y por idénticas razones, concluimos que el aviso previo que haga el juez a las partes, no logra satisfacer los extremos constitucionales del proceso, al resultar siempre una ‘sorpresa procesal’ en los términos acuñados por la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Todo esto nos lleva a repensar qué queremos cuando hablamos de proceso: si un proceso que signifique el último bastión de la libertad del Hombre, esa garantía frente a los poderes que tienden en forma vertiginosa hacia el avasallamiento de las más elementales garantías constitucionales por parte del Estado. O bien, si preferimos un proceso que sirva como método de investigación, dándose la paradójica consecuencia de estar otorgando mayores poderes a quien más poder tiene.

Los tiempos actuales nos exigen detenernos y repensar qué tipo de proceso anhelamos para nuestro país, para nuestras provincias; por nuestra parte, bregamos para contar con un mecanismo procedimental de reglas claras de pura objetividad, establecidas desde la legislación -y nunca desde la discrecionalidad de los Jueces-, para evitar que el proceso transite por los andariveles de la injusticia, expresado a través de reglas de juego arbitrarias y hasta salvajes para los justiciables, lo que no se condice en absoluto, con las bases sobre las cuales se erigió y se cimenta nuestro sistema constitucional en su totalidad, pensado e ideado por el constituyente como libertario y en defensa de las más elementales garantías del Hombre, propendiendo de esa manera -y como reza el Preámbulo de la Carta Magna- a asegurar los beneficios de la libertad, que encierra el concepto de dignidad humana, exhortando a la sociedad y al Estado a crear la posibilidad cierta y real de que el individuo desarrolle en plenitud su personalidad y sus derechos.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

1. AA.VV.; “ANTEPROYECTO de Código Procesal Civil, Comercial y de Familia” (Autores: Dres. Francisco Agustín Hankovits, Juan Manuel Hitters, Pablo Agustín Grillo Ciocchini, Mariela Panigadi, Andrés Antonio Soto), de actual tratamiento legislativo en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires.
2. ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “El garantismo procesal”, publicado en: Revista Jurídica “LA LEY” - 15/12/2010.
3. ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Introducción al estudio del derecho procesal”; Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1989.
4. ÁLVAREZ, Graciela [et al.], “Manual Teórico - Práctico de Escritura Judicial”; Colección ‘Textos Jurídicos’; Fundación para el desarrollo de la Ciencias Jurídicas; Rosario, 2015
5. AMAYA, Enrique N.; “Carga de la prueba”; Córdoba, 1972.
6. BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A.; “Carga de la prueba de los presupuestos del acto ilícito en el Código Civil y Comercial de la Nación”; MJ-DOC-9864-AR; 17 de mayo de 2016.
7. CALVINHO, Gustavo; “cargas probatorias dinámicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil”; 4 de diciembre de 2013; extraído del sitio web del mencionado profesor; link de consulta: [<http://gustavocalvinho.blogspot.com.ar/2013/02/car-gas-p-roba-toria-s-din-amic-as-exo-tis-mo-y.html>] fecha de consulta: 04/10/2016.

8. DEVIS ECHANDÍA, Hernando; “Compendio de la prueba judicial”; Ed. Rubinzal-Culzoni; 2000; Tomo I.
9. EISNER, Isidoro; “Nuevos planteos procesales”; Ed. La Ley Buenos Aires; 1991.
10. GALDÓS, Jorge M.; “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”; LA LEY 16/11/2015; AR/DOC/3711/2015.
11. LORENZETTI, Ricardo L.; “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”; Ed. Rubinzal-Culzoni.
12. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL; 1° Ed.; Buenos Aires; Zavalía; 2012.
13. PROYECTO de Código Procesal General modelo para la justicia no penal de Latinoamérica; con notas de Adolfo ALVARADO VELLOSO de correlación normativa y de explicación de todas las instituciones legisladas; Ed. “Fun.De.Ci.Ju.”; A los efectos de su consulta y estudio, el texto del mismo se encuentra en el sitio web de la Academia Virtual de Derecho [www.academaderecho.org], y específicamente en el siguiente link: [http://www.academaderecho.org/uploads/Proyecto_de_Codigo_Procesal_General.pdf]

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) - Cohorte XXI.

nazarenodiazorrac@hotmail.com

[2] Etimológicamente, definir viene de definir, que significa limitar, circunscribir una idea, precisar en pocas palabras un conocimiento. Conf. ÁLVAREZ, Graciela [et al.], “Manual Teórico - Práctico de Escritura Judicial”; Colección ‘Textos Jurídicos’; Fundación para el desarrollo de la Ciencias Jurídicas; Rosario, año 2015; p. 92.

[3] Sin perjuicio de la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estimamos que el debate necesariamente deberá seguir en pie.

[4] Una clara exposición de la evolución de los criterios doctrinarios, jurisprudenciales y normativos de la carga probatoria de la culpa en materia de responsabilidad profesional, puede leerse in extenso en un reciente trabajo de BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A.; “Carga de la prueba de los presupuesto del acto ilícito en el Código Civil y Comercial de la Nación”; MJ-DOC-9864; Fecha: 17 de mayo de 2016

[5] “Proyecto de Código Civil y Comercial”; 1° Ed. - Buenos Aires; Zavalía; 2.012.; pp. 583 y ss.

[6] Ley 17.454 (T.O. 1981)

[7] “Proyecto...”; comentario al Título V: “Otras fuentes de las obligaciones”; punto 9: “Prueba de los factores de atribución y sus eximentes”; pp. 774 y ss.[8] No obstante lo que dispone el Art. 1734, que consagró que “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.”

[9] LORENZETTI, Ricardo L.; “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”; Ed. Rubinzal-Culzoni; 2015; Tomo VIII, p. 463.

[10] AMAYA, Enrique N.; “Carga de la prueba”; Córdoba, 1972, p. 30 y ss.

[11] DEVIS ECHANDÍA, Hernando; “Compendio de la Prueba Judicial”; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000; Tomo I, p. 197 y ss.

[12] EISNER, Isidoro; “Nuevos planteos procesales”; Ed. La Ley Buenos Aires; 1991;

p. 178.

[13] Decreto-Ley 7425/68, Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley 8689/77 y las Leyes 10072, 10481, 11173, 11205, 11443, 11453, 11511, 11593, 11874, 11909, 12141, 12318, 12357, 12569, 12607, 13224, 13266, 13298, 13520, 13634, 13708, 13911, 13912, 13986, 14141, 14142, 14156, 14215, 14220, 14238, 14334, 14363, 14365, 14647 y 14743.

[14] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El debido proceso de la Garantía Constitucional”, Ed. Zeus, 2003. pp. 296-297.

[15] GALDÓS, Jorge M.; “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”; LA LEY 16/11/2015; AR/DOC/3711/2015.

[16] ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “El garantismo procesal”, publicado en: Revista Jurídica “LA LEY” - 15/12/2010.

[17] CALVINHO, Gustavo; “cargas probatorias dinámicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil”; 4 de diciembre de 2013; extraído del sitio web del mencionado profesor; link de consulta: [<http://gustavocalvinho.blogspot.com.ar/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y-magia-que-desnaturalizan-la-garantia-del-proceso-civil.html>] fecha de consulta: 04/10/2016

[18] SCBA, ‘in re’ “Lamela, Zulma Liliana c/ Cobas, Carlos Francisco s/ Daños y perjuicios”, C. 120.106, fecha de sentencia: 1-VI-2016. Base JUBA.

[19] “Proyecto...”; comentario al Título V: “Otras fuentes de las obligaciones”; punto 9: “Prueba de los factores de atribución y sus eximentes”; pp. 774 y ss.

[20] DEVIS ECHANDÍA, Hernando; op. cit.

[21] CALVINHO, Gustavo; “cargas probatorias dinámicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil”; 4 de diciembre de 2013; extraído del sitio web del mencionado profesor; link de consulta: [<http://gustavocalvinho.blogspot.com.ar/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y-magia-que-desnaturalizan-la-garantia-del-proceso-civil.html>] fecha de consulta: 04/10/2016.

[22] CALVINHO, Gustavo; op. cit.

[23] CALVINHO, Gustavo; op. cit.