



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

“Facultades judiciales: La potestad del juez de distribuir la carga de la prueba”.

“La mencionada, carga dinámica de la prueba”.

ALUMNA: Noelia Daiana Fernández

TUTOR: Alfredo Jesús Carrillo Ciciro

TÍTULO A OBTENER: Abogada

CARRERA: Abogacía

SEDE: Berazategui

LEGAJO: A0990005737-J1

FECHA: 02/02/2021

TELÉFONO: 1133417653

CORREO ELECTRÓNICO: aznoeliaf98@gmail.com

Dedicatorias

A Dios por permitirme concluir esta etapa tan relevante de mi vida.

A mis padres, Enrique y Lucía, porque sin ellos no podría estar donde estoy. Gracias por su amor, apoyo, y por todos los valores que me enseñaron.

A mi padrino Juan Carlos, mi tía Juana, y mi abuela Nicacia por todo su amor, cariño y por todo lo que me enseñaron, siempre estarán en mi corazón.

A mi pequeño sobrino Gianfranco, por su cariño y por acompañarme en mis momentos de estudio.

A mis compañeras Roberta, y Mónica por su afecto, sus palabras y su buena energía.

A mi novio Julián, por todo su amor y apoyo incondicional.

A mis amigos, Emanuel, Fabiana, Fernanda, y Graciela, por su apoyo y cariño en todo momento.

A mi pequeña ahijada Aramis.

A mi tutor Alfredo Carillo por su buena predisposición y colaboración para realizar esta tesis.

Noelia Fernández <aznoeliaf98@gmail.com>

13 oct. 2020

18:44

para Marilina

Buenas tardes Marilina, le envío este mail, con motivo de reserva de tema de tesis.

El título de mi trabajo final es "El derecho procesal civil y comercial y la justicia". "Un abordaje sobre la excepción en materia probatoria, la carga dinámica de la prueba, un problema de la dogmática procesal".

Asimismo, informo que mi tutor es el profesor Carrillo Alfredo.

Elegí el tema mencionado, en cuanto siempre me ha interesado la rama del derecho procesal, y lo relativo a la prueba, al ser esta de tal relevancia, que es la que define en un proceso, a favor de que parte, dictara sentencia el juez. Es por ello que, he investigado acerca de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, que desvirtúa de algún modo, el principio general en materia probatoria, esto es: "el que alega, prueba".

A continuación, adjunto mi proyecto de tesis.

Espero su respuesta.

Saludos cordiales.

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar>

13 oct. 2020

19:19

para Viviana, mí

Tema registrado. Atte

CARTA DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

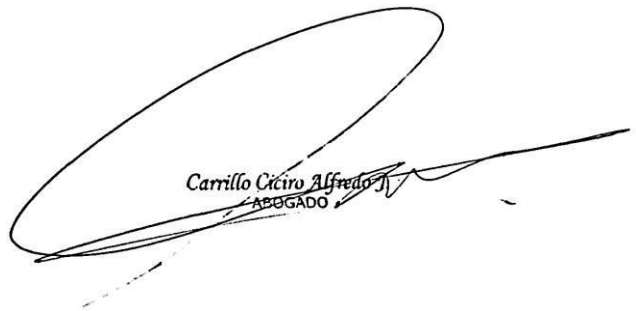
Buenos Aires, 12 de agosto de 2020.

Aprobación de la tutoría:

Estimada alumna, con mucho gusto acepto acompañarla en la presente investigación.

Saludos cordiales.

Dr. Carrillo Ciciro Alfredo Jesús



Carrillo Ciciro Alfredo J.
ABOGADO

Estructura del presente trabajo:

1- Título Comercial: “Facultades judiciales: La potestad del juez de distribuir la carga de la prueba”. “La mencionada, carga dinámica de la prueba”.

Título Académico: “El derecho procesal civil y comercial y la justicia”.

“Un abordaje sobre la excepción en materia probatoria, la carga dinámica de la prueba, un problema de la dogmática procesal”.

2- Área Temática: Este proyecto de tesis se relaciona con:

El Derecho Constitucional:

El art. **16 de CN**: principio de igualdad ante la ley.

El art. **18 de CN**: Inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

El art. **19 de CN**: Ningún habitante de la Nación, será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Además, el derecho fundamental a la reparación que surge de lo establecido en el **art. 68** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El Derecho Civil y Comercial:

Los artículos **1734 y 1735** del CCyCN.

En los **procesos de familia**: el **art. 710** del CCyCN, referente a la importancia de las cargas probatorias dinámicas en el ámbito de la responsabilidad civil y en el ámbito del derecho del consumidor, el **art. 53** de la Ley 24.240, reformada por la Ley 26.361.

El Derecho Procesal Civil:

El **art.377**del CPCyCN.

3-Resumen:

La “carga dinámica de la prueba”, figura emblemática de la mayoría de la doctrina, en virtud de la cual, se invierte la carga de la prueba de un hecho, en la parte que esté en mejores condiciones de producirla. Aunque no está exenta de críticas, hay quienes sostienen que, esta teoría no cuenta con un fundamento normativo, y que vulnera el derecho de defensa en juicio de la parte a la que el juez destina dicha carga, que según la regla tradicional de distribución de la carga de la prueba no estaban a su cargo. Está orientada a la justicia, y la responsabilidad del juez de garantizar que se cumpla equitativamente, el derecho de las partes respecto a la prueba, que hace a su pretensión o defensa.

4-Preguntas Problemas:

- La parte a la cual se le impone la carga de probar ¿debe cumplirla?
- ¿Si no cumple con la misma, que consecuencias jurídicas tiene? ¿Qué sucede con la otra parte?
- ¿En qué casos se aplica este criterio? ¿Existe legislación que lo regule?
- ¿Cuál es el límite de esta facultad de los jueces? ¿Juega en esta, los principios procesales?
- ¿En qué momento, podrá el juez aplicar este criterio? ¿Hay acuerdo de la doctrina respecto de esto?
- ¿En qué formato el juez debe comunicar que aplicará este criterio, es de forma oral o por escrito?
- ¿Podrá impugnar, la parte sobre la cual el juez imponga la carga de la prueba?
- ¿La carga dinámica de la prueba, es constitucional?

5- **Metodología:**

En este proyecto de tesis, se utilizará el **método explicativo**, ya que se tratará de buscar una solución al problema planteado y, asimismo, se valdrá de material bibliográfico, y digital.

6- **Hipótesis:**

- La carga dinámica de la prueba no es obligatoria.
- Este criterio, solo se aplica en caso de excepciones.
- El juez utiliza esta facultad para llegar a la verdad objetiva.
- Las partes del proceso deben contribuir con el principio de solidaridad.
- No hay conformidad de la doctrina respecto a la constitucionalidad de dicha teoría.
- La carga dinámica de la prueba es constitucional.

7- **Marco Teórico:**

La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” ha sido aceptada por la más calificada doctrina procesal, entre cuyos autores destacados, podemos citar a: Enrique Falcón, Jorge Rojas, Jorge W. Peyrano, Mabel de los Santos, Osvaldo Gozaíni, Roberto Berizonce, Roland Arazi, entre otros. En esta relación subyacen determinadas concepciones acerca de la carga de la prueba, su excepción, el deber de reparación del daño, el derecho de aportar la prueba de la parte quien está en una posición de desventaja en el proceso; por serle imposible; o muy dificultoso ofrecer los elementos probatorios, pero debemos saber que hay matices de pensamientos, entre los mismos. Hay algunos de ellos que sostienen que, el juez debe informar a las partes que aplicará este criterio y otros, como **Peyrano**, que creen que no es necesario, porque la parte que tiene esa carga, podría manipular las pruebas en su poder, a su beneficio. **Berizonce** afirma que, las cargas probatorias dinámicas, implican la flexibilización excepcional de las reglas generales sobre atribución del “onus” del artículo 377 del CPCyC, compartido por Peyrano, quien agrega que, la inversión probatoria sirve al aligeramiento probatorio que solo opera en algunas áreas (especialmente en lo que atañe al factor de atribución) y no en todas como se cree. Por otro lado, **Mabel de los Santos** mantiene la idea de que,

además, para que proceda la aplicación de la teoría en cuestión, es necesario que, exista actividad probatoria de la parte a quién su aplicación beneficia, aunque ella resulte insuficiente por las dificultades que plantea su producción en el caso concreto. Habrá que considerar las distintas perspectivas o enfoques desde los cuales esta teoría, realiza aportes a una problemática, como es la seguridad jurídica y el derecho de defensa en juicio, siendo ésta abordada también por otros autores que la critican.

➤ **Normativa que regula el mencionado tema:**

La Constitución Nacional:

- Art. 16 de CN: principio de igualdad ante la ley.
- Art. 18 de CN: Inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos.
- Art.19 de CN: Ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, que se vincula con el principio "neminem laedere" (no causar daño a nadie)

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH)

El derecho fundamental a la reparación que surge de lo establecido en el **art. 68**.

El Código Civil y Comercial de la Nación:

En los **procesos de familia**, el **art. 710**: Principios relativos a la prueba. “Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

El artículo **1722**: sobre el factor objetivo de responsabilidad civil, **art. 1724**: sobre los factores subjetivos (culpa y dolo), el **art. 1733**: “Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento”.

Los **arts. 1734**: Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega. **1735**: facultades judiciales, y

1736: “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”

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

En su **art.377:** “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

7- Introducción:

Para comenzar a adentrarnos en el tema de este proyecto de tesis, esto es en las facultades judiciales, más específicamente en las “cargas dinámicas de la prueba”, debemos decir que, al ser ésta una potestad que tiene el magistrado, de decidir en qué casos hará uso de la misma; en qué casos distribuirá la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, es él, quién deberá determinar si es conveniente aplicar dicho criterio al caso en particular, ya que solo es operativo en aquellos casos, en donde se impute un factor de atribución subjetivo y dentro del mismo se mencione exclusivamente la culpa -omitiéndose el dolo y la mala fe-. Deberá analizar el caso, requiriendo de un razonamiento lógico y lo hará conforme a las reglas de la sana crítica. Asimismo, decidirá, cuál de las partes, puede producir más fácilmente la prueba en cada caso. Y deberá comunicárselo, para que esta pueda obtener y producir la prueba. Como ocurre, por ejemplo, en un caso de responsabilidad médica. Se cree que es difícil para la víctima, acreditar la culpa del agente, es por eso que se atribuye la carga de la prueba a el profesional médico, a las clínicas, a los sanatorios, a los hospitales, y demás instituciones médicas, que son los guardianes de la historia clínica de los pacientes; las cuáles, tienen en su poder, la prueba que hace a su defensa. Frente a estos obstáculos, es que ha cobrado gran relevancia, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional, la teoría “de las cargas probatorias dinámicas”, se la llama

“dinámica”, porque es el juez quién decide, cuál de las partes, puede producir más fácilmente la prueba en cada caso.

Como lo hemos mencionado *ut supra*, esta teoría, no ha quedado exenta de las críticas. Por un lado, existe aquella corriente doctrinaria que sostiene que, esta teoría no cuenta con un fundamento normativo, y como consecuencia, viola (por medio de una creación de la doctrina y de la jurisprudencia) el régimen de distribución de la carga de la prueba previsto de forma expresa por la ley. Por otro lado, tenemos, la crítica que sostiene que, la teoría vulnera el derecho de defensa en juicio de la parte a la que el juez destina, al momento de la sentencia, la carga de probar hechos, que según la regla legal de distribución de la carga de la prueba no estaban a su cargo. También es criticada, cuando se habla del deber de colaborar con la parte cuya pretensión, el mismo ordenamiento confiere facultad de resistir, ya que se cree que, se está forzando a la contraparte a asumir desde un principio la pretensión de su contraria, lo cual vulneraría 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, porque la previsibilidad relativa a cómo ha de desarrollarse el proceso, se vincula con la seguridad jurídica y la garantía de defensa en juicio.

De manera que, el mencionado criterio, surge como una excepción, y es limitada en cuanto a las pruebas, a la culpa del agente. Es decir, solo se podrá modificar la regla de distribución de dicha carga, cuando se trate de probar el factor subjetivo de atribución, y no podrá recurrirse a ella si no se trata de este supuesto.

En definitiva, deberá probar quién esté en mejores condiciones de hacerlo, según el juez. Al utilizar el término “mejor” se quiso hacer ilusión a la prueba más eficiente, en el sentido de, quien ya tiene la información o la prueba, y le resulta más barato, más simple, incorporarla al proceso. La carga dinámica probatoria alienta a una de las partes a brindar al proceso una prueba que normalmente tiene en su poder o a su alcance.

Aunque, 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 las fuentes de prueba, ya sean personas que tienen conocimiento del hecho a probar o cosas que representan el hecho a probar, y de presunciones o indicios que deben 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, tal como surge del principio de contradicción. La tutela judicial efectiva que tiene reconocimiento constitucional, tiene como objetivo, en los procesos judiciales, buscar la verdad real, o la llamada verdad objetiva, y así lograr la justicia. Por último, es importante destacar que, son principios que rigen, y desarrollan la teoría de la carga dinámica de la prueba, el principio de buena fe, el principio de colaboración de las partes, y la probidad procesal. De igual manera, el art.1735 del CCyCN es juzgado, en cuánto, se ignora cuándo será pertinente esa comunicación del juez a la parte a la que atribuyó la carga, al no prever la norma ninguna pauta esclarecedora, a fin de que el juez adopte dicha decisión. De forma que se delega en su discrecionalidad y esto podría generar soluciones sorpresivas, infundadas y discriminatorias.

CAPÍTULO I

EL AVANCE HISTÓRICO DE LA PRUEBA

Para comenzar con el tratamiento del tema de esta tesis, es sumamente necesario, mencionar la evolución histórica de la prueba, para conocer, cuál es y cómo es, el origen de los elementos probatorios, que utilizan los sistemas actuales.

De hecho, los estudiosos de esta materia, han fraccionado el progreso histórico, en los siguientes períodos:

Primer período (de la antigüedad clásica, o también llamado “étnico”)

En esta época quien tenía fuerza, era el jefe, y se le encomendaba a éste, la tarea de resolver según su propia percepción, el fenómeno que se trate.

La única prueba existente, era la apreciación de quién juzgaba, que justamente era aquél que contaba con fuerza y poder¹. Este período comprende las sociedades en formación. Respecto a los medios de prueba, es el testimonio el que aparece en primer lugar.

En cuanto a Palestina, hay algunas reseñas en la Biblia, en las cuáles se manifiesta, lo relativo a la condena del falso testimonio, en este caso, se castigaba con la misma pena a la que hubiere sido condenado el acusado, si la acusación hubiese sido verdadera. Además, se niega que la idea de que un solo testigo fuera suficiente para condenar.²

¹https://books.google.com.ar/books?id=5ic0kokzjeIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true (visitado el día 01/06/20 a las 17:00 hs.)

²<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20P>

Segundo período (período germánico)

Denominado también, como “...fase religiosa...”, observado primeramente en el Derecho Germano y posteriormente en el derecho Canónico. Explica Chiovenda³, que se produjeron grandes transformaciones en el sistema romano de la prueba, al interrumpirse el Germanismo, en virtud de que, el Derecho Germánico ideó el proceso inicialmente, como un medio de paz social⁴. Es decir, el fin no era, propiamente de esclarecer una contienda, sino más bien, lo que importaba era dirimirla.

De manera que, el desenlace del conflicto, no obedecía a la convicción del juez, sino, generalmente, obedecía al resultado de un ritualismo y de solemnidades en las que las pruebas, expresan la voluntad de un ente supremo, neutral, y justo. Hablamos de: la divinidad.

Analizando lo mencionado, es que podemos advertir que, en el período Germánico, los medios de prueba eran escasos, y se pueden mencionar, por ejemplo, los juicios de Dios, cuyo objetivo, definitivamente, era demostrar la inocencia o la culpabilidad. Para esto, se exponía a el sujeto cuya culpabilidad o inocencia se quería manifestar, a suplicios y tormentos. Los más comunes, eran: que el sujeto tome con la mano un hierro caliente, o sumergiera el brazo en aceite hirviendo, etc., y se presumía inocente quién resistía aquellos suplicios, sin sufrir ningún tipo de daño.

Además, los duelos judiciales eran una especie de prueba, y los torneos, aunque se encontraban impregnados de sentimientos caballerescos, se utilizaban para probar, cuál de los combatientes tenían el derecho de su parte⁵.

Situándonos en la Edad Media, - “...el trámite era oral y público...”-, las ordalías, eran pruebas a las que se sometía a una de las partes en litigio, generalmente, al acusado. Asimismo, tal como lo mencionamos y razonablemente –si recordamos que la sentencia era fruto de la voluntad divina-, no existían recursos, y, por ende, no se los

[RUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA.pdf](#) (visitado el día 13/06/20 a las 18:00 hs.)

³Jurista italiano, es reconocido como uno de los mayores exponentes de la doctrina jurídica procesal italiana.

⁴<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2165562.pdf> (visitado el día 14/06/20 a las 20:00 hs.)

⁵<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA.pdf> (visitado el día 13/06/20 a las 18:00 hs.)

podía interponer contra la sentencia.⁶Al igual que el juramento con sacramentos o cojuradores. Este tipo de juramento, era denominado “...*de credulitate*...”, ya que la tarea de los cojuradores, era declarar sobre la honradez del que juraba. Este juramento, no existió en Roma, dónde, solamente, se admitía el juramento probatorio de las partes. Otra forma propia del Juramento, especialmente en el derecho del Longobardo, fue el juramento de Veritate, en el cuál, los cojuradores o sacramentarii juraban que eran ciertos los hechos que las partes afirmaban.

Por último, debemos recordar que entre el juramento Germánico y el Romano, existían importantes diferencias que se le atribuyen a dos factores: el fuerte sentimiento de los Germanos y las reglas, según la cuáles, en la mayoría de los casos, el peso de probar le correspondía al demandado; quién, para proveer la prueba, debía jurar que no era cierto lo que el actor le imputaba y, en consecuencia, era declarado absuelto.⁷

Tercer período (período romano)

Durante este período, retorna la importancia de la prueba, y como consecuencia de esto, se vuelve a reactivar el sistema probatorio. Se reanudan conceptos tales como, la carga de la prueba, las pruebas legales, la convicción, el principio de oralidad, y el de libre apreciación. Inclusive, nacen nuevos conceptos como los de: hechos notorios y de hechos presumidos.⁸

Se resalta la importancia del Derecho Romano, por ser la base de los sistemas actuales. Y respecto del mismo, se pueden distinguir tres etapas:

- I- El período de Legis Actiones
- II- El período formulario
- III- El período de la Cognitio Extra Ordenem.

⁶<http://editorial.jusbaires.gob.ar/libro/descargar/300/pdf> (visitado el día 14/06/20 a las 18:00 hs.)

⁷<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA.pdf> (visitado el día 13/06/20 a las 18:00 hs.)

⁸https://books.google.com.ar/books?id=5ic0kokzjeIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true (visitado el día 01/06/20 a las 17:00 hs.)

En la primera etapa, los medios probatorios, surgían del testimonio fundado ante el juez, durante el juramento.

En la segunda etapa, se permitían, principalmente, los documentos, el reconocimiento judicial, la prueba indiciaria, y el juramento. Aunque, por regla general, en este período, la prueba estaba sujeta a la discrecionalidad, es decir, que no existían los medios de prueba formales.

Por último, en relación al período de la *Cognitio Extra Ordenem*, obtuvo gran mérito, el derecho de interrogación de las partes por el magistrado, quién, al mismo tiempo, indicaba a cuál de ellas, le concernía la carga de la prueba. Ahora bien, respecto a los medios de prueba, fueron prácticamente, los mismos que existían en el período formulario, aunque, adaptados a las nuevas exigencias de los pueblos y muy similares a los que se utilizan hoy en día.

Al analizar dicho derecho, hay que considerar los distintos tipos de procesos, según la época en que nos situemos, y podría decirse que en general, predominaba un concepto de prudencia y desconfianza, ya que se excluían los testigos que por sus antecedentes no merecían buen concepto.

Ulteriormente, el estudio de la prueba se convirtió en algo lógico y razonado. En cuanto a los principales medios probatorios, se recurría a los testigos, y a los documentos, siendo los primeros, investidos de solemnidades insoslayables, como lo fue el juramento. Era el juez, quién debía investigar sobre la credibilidad del testigo, aunque, es verdad que, esta facultad del juez de indagar, hacia el fin de la República y durante el Imperio, fue restringida por una serie de presunciones jurídicas.

En los procesos primitivos, no se observan restricciones respecto a la prueba testimonial, la cual, desde antaño se caracterizó por su admisibilidad y por carecer de condiciones. Algunos de ellos, solo las establecían en determinados casos, como sucedía, por ejemplo, en el proceso *Ateniense*, en el cuál, surgieron prohibiciones, principalmente, respecto de los niños y los esclavos.

Y en el proceso Romano, no todas las personas tenían la capacidad de ser testigos, ya que, ni los delincuentes, ni los incapaces, ni los siervos podían declarar en juicio con ese carácter. Estas limitaciones de ningún modo, eran absolutas, ya que, los esclavos podían declarar a favor de los señores en algunos casos y en otros su testimonio era admitido con el concurso del tormento; a diferencia de lo que, para dicha prueba, ha establecido el derecho moderno, entre otras: limitaciones, en razón de las

cuantías de la obligación, otras sobre la materia que versa, y sobre las personas autorizadas a declarar.⁹

Las pruebas: sistema probatorio dispositivo y onus probandi

El sistema probatorio que se aplica en el derecho patrimonial romano, es el llamado “...*sistema probatorio dispositivo*...”, en éste, el juez debe atenerse únicamente a las pruebas que ofrezcan las partes. De manera que, en materia probatoria el juez no tiene la iniciativa. Aunque, puede apreciar libremente las pruebas, en otras palabras, puede otorgarle el valor que crea pertinente, ya que no se encuentra emparentado por el sistema jurídico para valorar las mismas.

El onus probandi (la carga de la prueba) está en cabeza del litigante que lo alega, esto es, el actor debe probar su intentio o el factum que alega, (en las acciones in factum) y el factum que violó su apariencia jurídica. Por su parte, el demandado debe probar su exceptio.¹⁰

En materia procesal, y en lo que respecta a la prueba del proceso, le debemos a el Derecho romano, un marco jurídico, al que pueden aplicarse, la mayoría de los conceptos utilizados por la moderna ciencia procesal. Efectivamente, se denominan medios de prueba, a los elementos físicos o materiales, que integran el fundamento sobre la que va a establecer su convicción sobre la verdad y falsedad, o sobre la existencia o no del hecho de que se trate, los cuáles se encuentran aprobados por el juez.

Normalmente, se entiende por elementos de prueba, la seguridad, la certeza, y el convencimiento, que el medio probatorio brinda. Se acostumbra a hablar de “...*motivos de prueba*...” haciendo mención a las circunstancias o motivos, que el juez obtiene de los elementos de prueba y que contribuyen para fundamentar su convicción.

La prueba trata, generalmente, sobre los hechos, ya que el derecho aplicable debe ser conocido por el juez, asistido por expertos en caso que lo requiera, y también,

⁹<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%20C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%20C3%93N%20Y%20PENSI%20C3%93N%20ALIMENTICIA.pdf> (visitado el día 13/06/20 a las 19:00 hs.)

¹⁰Betancourt, Fernando. (2007). **Derecho Romano Clásico**. Sevilla, Ed. Grafitres, S.L.-Utrera. Pág. 232.

puede versar sobre lo que se denomina “...*normas o máximas de experiencia...*” como, por ejemplo, si se obró con la diligencia de un buen padre de familia, con buena o mala fe, etc.

En el Derecho Romano, los medios probatorios (testimonia, instrumenta) eran agrupados en dos clases, por los oradores:

- 1- Los medios probatorios directos (probationes inartificiales)
- 2- Las presunciones (probationes artificiales, praesumptiones)

Por otro lado, según U. Álvarez Suárez, es indudable que los hechos notorios, son aquellos que son conocidos por todos, que no requieren ser objeto de prueba en el derecho en cuestión. No existían límites respecto a los medios de prueba.¹¹

1) Los medios de prueba más comunes, en el derecho patrimonial romano, eran los siguientes:

Las declaraciones de las mismas partes que litigaban: “...*Podían ser simples aseveraciones o confesiones (confessio in iure) o juramentos (iusiurandum in litem, iusiurandum voluntario, iusiurandumnecessarium), y que en ningún caso vinculaban al juez...*”.

Declaraciones de los testigos, (*testes*): “...*Declaraban voluntariamente, salvo cuando eran llamados a intervenir en un acto solemne, en dicha calidad. En este caso, tenían la obligación de declarar. El falso testimonio se sancionaba en la etapa arcaica con la pena de muerte, por derrocamiento en la roca Tarpeya- XII Tab.8,23- y, a partir de la época clásica, se sancionó con el exilio. No había un número mínimo, de testigos...*”.

Y los documentos (instrumenta). “...*Su primera clase fue el de las tablillas (tabulae ceratae) en las cuáles, se plasmaban las declaraciones extrajudiciales de los testigos (testationes) que se presentaban ante el juez. Otros tipos de documentos fueron los libros de cuentas de los banqueros, (rationes) y las cartas privadas. El estilo romano de redactar documentos era el objetivo (en 3ª. persona); aunque por influencia helenística, se introdujo el estilo subjetivo (en 1ª. persona) o documento quirografario. Asimismo, conjuntamente con el documento probatorio (ad probationem) surgió el documento dispositivo (ad solemnitatem), esto es, el documento que produce por sí*

¹¹<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/planteamiento-tema-37761674> (visitado el día 15/06/20 a las 18:00 hs.)

*mismo los efectos jurídicos deseados. El sistema romano de documentos oficiales (apud acta) y las copias (exempla) fue muy rudimentario...”*¹²

Además, según José Carlos Costa, los principales medios de prueba en el procedimiento extraordinario civil romano, eran los siguientes:

Instrumental, pericial, testimonial y las presunciones.

Prueba instrumental

Este tipo de procedimiento, brinda pleno valor a la prueba instrumental, que puede ser de dos tipos:

a) Instrumento público

Se divide en dos clases. Por un lado, la documental, la cual era redactada por “...oficiales públicos...”, quienes tenían el derecho de “...levantar actas...” (ius actorum conficiendorum) es decir, quienes ejercían cargos judiciales. Este tipo de documento era conocido como “...gesta...”, “...acta...”, etc., y hacía plena prueba de los hechos y de las declaraciones, aunque podía ser atacada por falsedad.

También existía otro tipo de documento, llamado “...confecta...”, los cuáles eran escritos por los “...notarios...”,¹³(tabelliones) quiénes, eran particulares que ejercitaban la actuación notarial. No eran oficiales públicos, otorgaban fe pública de los actos que ocurrían en su presencia, por estar sujetos a reglas de los magistrados.

Su actividad primordial, era la redacción de contratos y testamentos. Actuaban normalmente, en lugares públicos. (foro, plazas, pórticos, etc.) Este tipo de documento brindaba plena fe en juicio, cuando el notario lo hubiera confirmado ante el magistrado, (apud acta) a través de un juramento.

¹²Betancourt, Fernando. (2007). **Derecho Romano Clásico**. Sevilla, Ed. Grafitrés, S.L.- Utrera. Pág. 232-233.

¹³<http://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w23193w/la-funcion-notarial-en-roma.pdf> (visitado el día 17/06/20 a las 20:00 hs.)

b) Y el instrumento privado

(chirographa, cautiones, etc) El cuál, era redactado por particulares con la firma de testigos. En el caso de que, estos últimos sean más de tres, el documento obtenía la validez de “...*cuasi público*...” (quasi publice scripta), con un valor equivalente a los redactados por los tabelloniis. El valor probatorio de los instrumentos privados, dependía de que sean reconocidos como auténticos por las partes, y por los testigos firmantes, a través del juramento, o por cotejo realizado por peritos. (comparatio litterarum)

Debemos diferenciar, el término “...*tabelliones*...”, que hace referencia a particulares que ejercen la actividad notarial, similar a los escribanos o notarios de hoy en día, y “...*tabularii*...” que refiere a los funcionarios públicos, quiénes están a cargo de archivos municipales, que remiten testimonios de documentos que están a su cargo. Además, intervienen en múltiples actos para darles autenticidad.

Prueba pericial

Esta prueba era utilizada de una manera diversa.

Por un lado, la “...*caligráfica*...” (manuscollatio), para constatar firmas; “...*agrimensores*...” (gromatici) para determinar los límites en las propiedades y dividirlos, cuando existía una disputa. “...*Médicos y comadronas*...” (obstetrices) para precisar, en qué estado se encontraba el embarazo.

Prueba testimonial

Dicha prueba era considerada una de las más relevantes, ya que gravitaba en todo acto jurídico romano, pero perdió esa importancia, al caer en descrédito por los abusos cometidos a su respecto.

Es por eso, que se crearon leyes sobre ésta, para que conserve su valor y significado, como medio de prueba. En un comienzo se negó la validez probatoria a la declaración de un único testigo, (unus testis, nullus testis) sin ponderar sus cualidades personales. Igualmente, se determinó que la prueba testimonial debía ceder preeminencia ante la prueba instrumental.

En este sentido, Justiniano, ha reglamentado y legislado esta prueba: sobre las cualidades y requisitos que se deben reunir para ser testigo, las llamadas tachas de idoneidad, inhabilitaciones por parentesco, la obligación de presentarse ante la citación (carga pública), el deber de prestar juramento, las maneras de interrogar y reinterrogar, la cantidad de testigos, etc.¹⁴

El testimonio en la historia procesal

Con el nacimiento del proceso mismo, es que surge la prueba de testigos; y éstos, son quienes dan declaraciones, sobre hechos que les constan, ya que es una de las formas más antiguas de acreditar un hecho, en virtud de la cual, se presenta ante el funcionario una persona que afirma tener conocimiento, sobre algún hecho relacionado con los puntos cuestionados en el litigio.

Conocemos por antecedentes históricos, que la prueba testimonial, ya se encontraba contemplada en el proceso egipcio, pero debemos advertir, que fue en los procesos griego y romano, donde tuvo un desarrollo más avanzado, principalmente, en el proceso romano y en el derecho romano, en general.

Es importante diferenciar el testigo instrumental, del testigo procesal, el primero, es aquél que es llamado para presenciar una cosa que va a suceder, el segundo es, quién da noticia de un hecho pasado que él presencié, y que le consta. Asimismo, en el derecho antiguo español, inclusive en el Fuero Juzgo, y en las Partidas, había reglas específicas sobre los testigos, sobre los requisitos que éstos deberían cumplir, sobre el testimonio, y sobre el valor de la prueba testimonial.¹⁵

¹⁴Costa, José. (2007) **Manual de Derecho Romano Público y Privado**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 548-549.

¹⁵<https://books.google.com.ar/books?id=0ctHDwAAQBAJ&pg=PT180&lpg=PT180&dq=testigo+unico+testigo+nulo+en+derecho+romano&source=bl&ots=y4Ye6QxES&sig=ACfU3U2C4V6MOyAyqUWpmXJ1bFj3yftA&hl=es419&sa=X&ved=2ahUKEwiumd6F3cvqAhWhH7kGHYsbAU4Q6AEwDXoECAoQAQ#v=onepa> (visitado el día 15/06/20 a las 21:00 hs.)

En cuanto a el famoso adagio romano, que manifiesta: **testis unus, testis nullus**, debe destacarse que, esta regla ha sido dejada de lado, por la doctrina y por la ley, demostrándose que no interesa el número de testigos, sino, su calidad. Empero, debe quedar claro que, sus declaraciones deben valorarse más rigurosamente, ajustándolas al resto de los elementos que figuran en autos. Según el jurisconsulto, Devis Echandía “...la gran mayoría de los códigos actuales dejan al criterio del juez determinar su eficacia probatoria...”, en el sentido de que “...un buen testimonio merece mayor credibilidad que varios regulares o malos...”. Por su parte, Peyrano ha manifestado que dicha regla, se encuentra empapada del derecho procesal moderno, de ahí, que se haya afianzado el criterio que reza: “...los testigos no se cuentan, se pesan...”. De modo que, de declarar un único testigo, sobre determinado hecho, -esta característica-, no afectará la fuerza probatoria de dicha declaración.

Sobre la valoración de la prueba, Devis Echandía ha sostenido que “...se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido...”, en otras palabras, significa que: “...se trata de una actividad procesal exclusiva del juez...”; “...es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria: define (...) si esa prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada, de llevarle la convicción al juez...”.¹⁶

En igual forma, la CSJN-ya desde el año1998- en autos: “Márquez, Claudia Gabriela c/ Club Atlético Vélez Sarsfield s/ recurso de hecho”, sostuvo que, la regla del “...testigo único, testigo nulo...” había desaparecido, ante la facultad legal del juez para valorar los medios probatorios acorde a las reglas de la sana crítica. Y agrega que, la declaración que prestare el testigo único, en principio constituye una presunción, es por ello, que el magistrado al juzgar debe hacer una valoración severa y estricta de sus dichos, y, además, éstos deben ser ratificados con el resto de los elementos de prueba proporcionados a el proceso.¹⁷

2) **Las presunciones**

¹⁶<https://www.weldialcom.eu1.proxy.openathens.net/nuevo/resultadosdetalladoctrina.asp?id=12049&base=50&resaltar=testigo,unico,testigo,testigos,unicamente,%FAnicamente,unicas,%FAnicas,unico,%FAnico,unicos,%FAnicos> (visitado el día 17/06/20 a las 21:00 hs.)

¹⁷<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/prueba-testimonial-en-el-proceso-argentino-idoneidad-del-testigo/> (visitado el día 18/06/20 a las 17:00 hs.)

Con relación a las presunciones¹⁸, (praesumptiones) las mismas se admiten cuando los hechos en discusión, no pueden probarse de forma directa por los testigos, por la documental, o por cualquier otro medio probatorio. Se trata de una prueba de “...indicios...”, vale decir que el juez, crea su convicción a través de elementos que le provee la ley o que surgen de la litis, y lo inducen al fallar.

Las presunciones pueden surgir de:

1- “...La ley...” (iuris): Estas son de dos clases;

- a) “...De pleno derecho...” (iure et de iure) en otras palabras, que no admiten prueba en contrario, ya que es la propia ley, la que las establece.
- b) “...Y las que no lo son...”, (iuris tantum) aquellas que si admiten prueba en contrario.

2- O “...por el juez...” (hominis) son aquellas, que son producidas por la labor intelectual del juez, acorde a las pruebas del pleito, y sin sujeción a normativa alguna.

Breve historia de la presunción

Período Clásico Romano

Primeramente, en el derecho romano, en el período clásico romano, podía obtenerse la convicción del juez, a través de cualquier medio de prueba, incluso, utilizando la prueba indiciaria; se podría decir que el juez presumía, en el sentido de suponer. Existían las presunciones hominis, pero no como técnica legislativa. En este orden de ideas, se puede decir que siempre que el hombre indaga, presume.

¹⁸<https://librosrevistasderecho.vlex.es/vid/presunciones37761728#:~:text=D'Ors%2083%2C%20las%20presunciones,en%20partir%20de%20una%20probabilidad>. (visitado el día 17/06/20 a las 18:00 hs.)

Período Imperial

Al comienzo del siglo I d.C., se dejan de lado los modelos del antiguo derecho, y se plasma la idea de que, la administración de justicia es una función estatal.

Ahora, ya no son los jueces privados quienes deciden los litigios; son los magistrados, auténticos funcionarios públicos, quienes dirigen el proceso y carecen de poder para crear derecho. El magistrado recibe la “...*auctoritas*...” del emperador.

El príncipe se hace cargo de los poderes legislativo y jurisdiccional. Se da un fenómeno novedoso, esto es, las personas comienzan a plantear los pleitos al emperador, y éste, señalaba al juez, cómo debía solucionarlos.

El emperador se basaba en la doctrina de los juristas fallecidos. En este período, se implantó, una especie de valor legal a los conceptos mencionados. Algunos autores, creyeron descubrir el origen de las presunciones legales en estas ideas.

Derecho Justiniano

Se asigna a esta etapa, el surgimiento de las presunciones legales. La comisión compiladora de Justiniano¹⁹ descubrió en los clásicos, el término “...*preaesumere*...”, el cual, hace ilusión a la idea de opinar.

Intercalaron los textos, lo que produjo consecuencias en el proceso y en el derecho material, por primera vez en la historia. Por ejemplo: “...*praesumptum esse debet, nisi contrarium approbetur*...”.

Se han encontrado presunciones en el Digesto, como en el Código de Justiniano. Entre otras, “...*la premoriencia por la que, en caso de desgracia se presume que el hijo púber sobrevivió a sus padres, mientras que el impúber premurió a ellos, la que presume que el soldado no ha recibido dinero, salvo que se trate de una causa castrense, y otras que suelen citar los autores, sobre la existencia del matrimonio, paternidad de los hijos de mujer casada*...”

¹⁹Costa, José. (2007) **Manual de Derecho Romano Público y Privado**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 163-164.

Resumen de la Época Romana

En el Derecho Justiniano surgen las presunciones “...*iuris tantum*...”. No existía un sistema general de las presunciones y tampoco existían las presunciones “...*iuris et de iure*...”.

Derecho Canónico

Se sostiene que las presunciones “...*iure et de iure*...” aparecen en el derecho canónico, fundamentalmente, en las decretales de Gregorio IX. Se menciona la relevancia de la doctrina, ya que, muchas veces, se procuró hacer ver como presunciones *iure et de iure* a simples textos legales.

Época Medieval

La presunción romana, era un recurso del legislador, anticipando una certeza provisionalmente.

La intención, el objetivo de la presunción medieval, fue reemplazar la actividad mental del juzgador, imponiéndole máximas de experiencia y sistematizando por su valor, las presunciones en legales y judiciales y éstas últimas, en violentas, probables y leves.

La teoría legal de la prueba, se preocupó por suplir la prueba de indicios, por presunciones y dio paso a la división tripartita de las presunciones hechas por los glosadores; de *Praesumptiones iuris et de iure*, *praesumptiones iuris tantum* y *Praesumptiones facti*, la cual, fue consagrada en el Código de Napoleón.²⁰

²⁰<http://www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/download/288/pdf> (visitado el día 17/06/20 a las 19:00 hs.)

Cuarto Período (Derecho Canónico)

En dicha etapa, la prueba progresa nuevamente hacia un sistema estricto, de carácter netamente inquisitivo y unilateral. “...*La reina de las pruebas...*” fue la prueba confesional. Podría decirse que, esta última es, en el sistema probatorio dilecto, la única prueba del período.

Quinto Período (De la Codificación)

Luego de la Revolución Francesa, con la etapa de la codificación, por un lado, y con el avènement del régimen anglosajón, por el otro, se van asomando nuevos sistemas probatorios.

En lo que respecta a el Derecho Anglosajón, principalmente, la valoración de la prueba se hace de manera consciente, a través del jurado.

Al mismo tiempo, los regímenes europeos, fueron diseñando un sistema de pruebas legales o también llamadas tasadas.

La época en la que vivimos hoy en día, podría identificarse por la partición de la ciencia en su producción. La evolución de la prueba gira en torno a lo científico. En el mencionado período, se aplica la ciencia a la mecánica probatoria.

Tanto los informes médicos, como el peritaje, la máquina, las fotografías, los videos o cualquier otro auxiliar científico, han modificado el sistema probatorio.²¹

Actualmente, la ciencia proporciona pruebas científicas incuestionables, que valen mucho más, en la conciencia del juez, que las declaraciones subjetivas de las personas.

Derecho Griego

²¹https://books.google.com.ar/books/about/Nuevas_orientaciones_de_la_prueba.html?id=5ic0k-okzjelC&redir_esc=y (visitado el día 01/06/20 a las 17:00 hs.).

Pruebas judiciales en Grecia

Según lo que sostiene Devis Echandía, es muy poco lo que se conoce respecto de la regulación de la prueba en la antigua Grecia, pero alega que en la época clásica su desarrollo fue asombroso, tanto en Grecia como en Roma, tanto así que aún hoy en día, no han sido superadas sus concepciones.

Por lo que respecta a la forma de la prueba en Grecia, dominó la oralidad en el proceso civil, así como en el penal. Como norma general, rigió el principio dispositivo que hacía recaer sobre las partes, la carga de producir la prueba, y únicamente en casos excepcionales, se autorizaba a el juez para decretarlas y practicarlas de oficio.

Los medios probatorios principalmente utilizados, fueron: “...*los testimonios, los documentos y el juramento...*”. Aunque existían limitaciones a las declaraciones de las mujeres, niños y esclavos.

Se advierte que, en materia mercantil, estaban autorizados a declarar los esclavos comerciantes, y en éste ámbito, tuvo gran respeto la prueba documental, (documentos de valor ejecutivo; que adquirirían el valor de plena prueba, como ocurría con los “...*libros de banqueros, que gozaban de reputación de personas honradas y dignas de crédito...*”). Otro elemento probatorio que poseía gran relevancia, era el juramento.

Lo que más se destaca del período de Grecia, es que existía la crítica lógica y razonada de la prueba, sin que existiera un determinado sistema de valoración, que le adjudicara previamente su valor.

El progreso que hubo en Grecia sobre el tema en cuestión, fue esencial para la organización judicial de cualquier país. Superó en mucho al que hubo en Europa en el siglo XVI.²²

De igual modo, Foucault, en su libro llamado “...*La verdad y las formas jurídicas...*”²³ lo primero que hace, es advertir la inexistencia de una prueba en la Grecia antigua.

Luego, durante el período democrático ateniense, se implanta la figura del testigo, cuyo testimonio imparcial, suponía la producción de una evidencia, así como, el

²²Devis Echandía (1981). ***Teoría general de la prueba judicial***. Buenos Aires, Ed. Víctor P. De Zavallía. Pág. 56-57.

²³https://arditiesp.files.wordpress.com/2012/10/foucault_verdad_formas_juridicas.pdf (visitado el día 19/06/20 a las 17:00 hs.)

surgimiento de los métodos de persuasión en los procesos judiciales: lo que dio lugar, al comienzo de la indagación y la instrucción del caso.

Historia de la carga de la prueba

Es a través de una investigación histórica, que se intenta conocer sobre el tiempo, el origen y los procesos de desarrollo de una institución jurídica. Lográndose compilar ancestrales fragmentos jurídicos del proceso, respecto de épocas remotas, lo que resulta de gran importancia y utilidad práctica, para poder conocer o interpretar el porqué de la existencia de entidades conocidas, y utilizadas hoy en día, en la doctrina, y en la jurisprudencia de todo el mundo. Como es el caso, de la institución de la carga de la prueba,²⁴ que examinaremos en esta ocasión.

Período Romano

Analizando el más antiguo Derecho Romano, nos topamos con el principio jurídico, que refiere a la afirmación en juicio por parte del actor, que impone la obligación, al demandado, de esculpase o demostrar lo contrario a lo argumentado por el actor, determinando esos elementales principios, que hoy conocemos como cargas procesales.

Período clásico

En este período cronológico del derecho, denominado clásico, se determinan las obligaciones de probar ciertos puntos a una de las partes, inclusive, se lo faculta al juez, para obtener pruebas por sus propios medios.

²⁴Arazi, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 343-344

Aquí, nos encontramos con un proceso, en el cuál, se reconocía al juez una función investida de un amplio poder discrecional, que lo facultaba no solo a dictar resolución, otorgando la valorización que creía pertinente a cada una de las pruebas presentadas por las partes, sino, que también, podía tener en cuenta, las calidades sociales y morales de éstas, como elementos de credibilidad. Asimismo, podía determinar a su juicio, quién estaba obligado a probar, -quién se encontraba en mejor posición para hacerlo-, haciendo uso, exclusivamente, de las reglas de experiencia personal que lo asistían.

Período Justiniano

En este período de la historia sobre la carga de la prueba, podemos saber lo que sucedía en el proceso del Derecho Justiniano, en el que hallamos un concepto sobre la carga de la prueba, mucho más estudiado, perfeccionado y del cual se fortalecen también, los recursos de la etapa anterior, con la particularidad, de que ahora junto a la prueba directa, se crea la prueba contraria, que tiene como objetivo, controvertir los resultados de la primera.

Al modificarse la valorización de las pruebas, al considerarse a determinados medios de prueba²⁵, como mejores que otros, o al reconocer a algunos de ellos, una eficacia, que no es apreciada libremente por el juez, es que fueron creados los sistemas de prueba. También, se determinó en general, que parte debía acreditar las pruebas de las afirmaciones hechas en juicio: se obliga a probar a aquél que afirma, así Petit, expresa; hablando del procedimiento in juicio “...*En principio quién afirma en su beneficio, la existencia de un hecho o de un derecho, es el que está obligado a presentar las pruebas...*”. Es decir, era el actor, quién debía, siempre, justificar su pretensión, ya que, en caso contrario, eso daría lugar a la absolución del demandado.

Período Germano

En el sistema probatorio antiguo germánico, la prueba correspondía al

²⁵Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 338-340.

demandado.

Tiempo después, se le atribuyó al juez la función de decidir quién debía aportar la prueba en el caso concreto, y éste, debía basar su decisión en los elementos probatorios alegados por las partes, según su conducta, según la situación de hecho, etc.

Admitiendo que les correspondía a las partes, obtener una decisión favorable, primero, proporcionando al juez los elementos necesarios para demostrar la verosimilitud de la propia pretensión y luego, cumpliendo las actividades que servían para obtener el reconocimiento del derecho alegado.

Debemos advertir, que esta corriente, -la germánica-, y también, la romana, contribuyeron para el surgimiento de las reglas de la carga de la prueba, que determinaban qué se debía probar, y quién debía probar. (Este evento, sucedió en los estudios de los juristas de Bolonia).

Período de la Edad Media

En esta etapa, se renueva el método del Derecho Justiniano, que, en principio, ordena rendir la prueba al actor y al reo, cuando al oponer excepciones, afirma hechos positivos en su favor.

El Derecho Romano renace gracias a la acción y al empeño de los juristas de Bolonia, y seguidamente, con conceptos más puntuales, los principios vigentes en materia de la carga probatoria, propugnaron por qué la doctrina de la época, tomó la carga de la prueba como un principio en que correspondía probar al actor, pero, con el principio que le asignaba este carácter al demandado, cuando se excepcionaba. De allí, que estos postulados se convirtieran en rectores del Derecho Español en el año 1256 y por mandato de don Alfonso X, El Sabio, se inició con la redacción de las Siete Partidas²⁶, obra jurídica, bastante parecida en su contenido a las Pandectas romanas, que fue concluida en 1263 y en cuyo texto, con respecto a la carga de la prueba, reaparecen los principios surgidos en encuentros de corrientes de Bolonia y años más tarde, en 1807, se fijó tal principio en el artículo 1315 del Código Civil Español.²⁷

²⁶<http://www.ataun.eus/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Alfonso%20X/Las%20siete%20partidas.pdf> (visitado el día 12/10/20 a las 20:00 hs.)

²⁷<http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA>

Época Moderna

La teoría que aquí, nos interesa, llamada de las cargas probatorias dinámicas, surgió gracias a la jurisprudencia, mayoritariamente, a raíz de demandas de mala praxis médica, frente a escenarios en los cuáles, la parte que negaba, tenía un fácil acceso a la prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que la otra parte, se encontraba lejos de poder ofrecer elementos que hagan al fundamento de su pretensión.

El primer antecedente jurisprudencial, en el que se aplica la teoría en cuestión, es el de: “...*Perón Juan Domingo...*” ²⁸de junio de 1957. De igual manera, el precedente que se hizo más famoso fue “...*Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario...*” (10/12/1997), en el que se estableció: “...*En los casos de la mala praxis médica, generalmente, se tratan de circunstancias extremas de muy difícil comprobación, y cobra gran relevancia el concepto de la “...carga dinámica de la prueba...” o de “...la prueba compartida...”*, en virtud de la cual, el deber de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva recae en quien se encuentra en mejor condición de hacerlo, es decir del profesional médico o entidad hospitalaria, por tener estos, conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso...”.

Luego de que esta doctrina se encontrase sólida, con varios pronunciamientos, y luego de varios años, el Máximo Tribunal Provincial extendió la aplicación de la “...*prueba compartida...*” a otros supuestos, haciéndolo primero, al derecho laboral, luego, al derecho comercial y recientemente, al derecho de los consumidores, entre otros.

En el año 1957, junto con el primer precedente, y la doctrina del destacado profesor, Jorge W. Peyrano, se diseñó el marco de esta teoría.

Peyrano, quién es, sin lugar a dudas, su gran impulsor, junto al gran jurista Chiappini, fueron los primeros expositores de este ideario, de modo sistemático.

[%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA.pdf](#) (visitado el día 13/06/20 a las 19:00 hs.)

²⁸<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600000175bdd4ee6536c5b90e&docguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&hitguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&docguid=&spos=380&epos=380&td=384&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=254&crumb-action=append&> (visitado el día 11/11/20 a las 18:00 hs.)

La descripción de ellos fue: “...Ante la verificación empírica, de soluciones disvaliosas al momento en que el órgano jurisdiccional aplicaba el rigor de las reglas clásicas de la distribución de la carga de la prueba, era necesario, apartarse “...excepcionalmente...” de ellas y, acudir, en subsidio, a otras reglas de juicio que denominó dinámicas. Estas reglas, son de variada naturaleza, empero una de las más famosas es aquella. La cuál, indica que, en el caso concreto sometido a decisión, debe colocarse la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla...”. Dicha teoría, continuó perfeccionándose, por el profesor Peyrano, quién realizó incontables aportes y por otros grandes juristas de su talla, entre los cuáles se encuentra, el profesor Augusto Mario Morello²⁹, quién la basa, especialmente, en el principio de solidaridad, que obliga a la parte que se encuentra en mejores condiciones a suministrar la prueba.

En mérito del trabajo doctrinario y jurisprudencial, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, alcanzó un nivel tal, que fue óbice, para lograr su consagración legislativa.

Peyrano y Chiappini, desde su primera publicación en 1984, manifestaron que dicha teoría, no puede ser apreciada, en todos los casos, como una derivación de las reglas clásicas de la prueba.

Quizás un progreso denominado “...ostracismo...”,³⁰ lo constituye el Código Civil y Comercial de La Nación, el cual, dispone esta teoría en su art. 1735, como una facultad del juez, -complementando, las facultades instructoras a él conferidas, por los códigos procesales vigentes de nuestro país-.

Como es sabido, uno de los fundamentos más importantes del código mencionado, ha sido la constitucionalización del derecho, y no se duda al decir que, la teoría de las cargas probatorias dinámicas es constitucional, sino que, incluso, es una solución necesaria para el eficaz funcionamiento de los derechos y garantías vigentes. Se considera que la intención del legislador al incorporar esta figura procesal, en nuestro derecho de fondo, fue establecer una directriz general para que se proceda a su

²⁹ Jurista y académico argentino especialista en derecho procesal civil.

³⁰ <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&sruid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=i37B8F46A2913448689FE6E9FE22F9C71&hitguid=i37B8F46A2913448689FE6E9FE22F9C71&tocguid=&spos=11&epos=11&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&> (visitado el día 11/11/20 a las 20:00 hs.)

regulación procesal en los ordenamientos provinciales, con normas más definidas conforme a la misma.³¹

³¹<https://cadji.org.ar/wp-content/uploads/2018/08/dra-masci-belen-comision-nro-5.pdf> (visitado el día 18/06/20 a las 21:00 hs.)

CAPÍTULO II

1) NOCIONES DE LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL:

Para Eduardo J. Couture: el significado ordinario del término prueba, refiere a “...*la acción y al efecto de probar...*” y para él, probar es evidenciar de alguna forma, lo inequívoco y verdadero de un hecho o de una afirmación. Entonces, podría decirse que la prueba, es una maniobra, un experimento, conducente a demostrar la precisión o imprecisión de una propuesta.

Ahora bien, en la significación jurídico procesal, la prueba es una técnica de investigación y de confirmación.

Mientras que, la prueba penal, es investigación, en miras de conocer algo determinado, la prueba civil, es confirmación de la verdad o falsedad de las propuestas manifestadas en el juicio. Mientras que, la prueba penal se asimila a la prueba científica, la prueba civil es similar a la prueba matemática; una acción busca evidenciar la verdad de otra acción.³²

Oswaldo A. Gozaíni, sostiene que: generalmente, todas las personas, saben qué es la prueba. Probar, es confirmar. La prueba es una tarea, y ésta, requiere de medios que la hagan factible.

Estos instrumentos son los que la posibilitan, y su resultado será valorado, únicamente, según el criterio del juez que la lea.

La práctica activa de este sistema probatorio, señala por qué la prueba es el centro de todo conflicto. Es por eso, que el éxito de la prueba, determina el éxito del juicio.³³

³²Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma. Pág. 215-216.

³³<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20 a las 17:00 hs.)

A su vez, Lino E. Palacio, afirma que: la parte que trata de probar determinada situación de hecho, que se encuentra prevista en la norma que utiliza como fundamento de su pretensión o defensa; debe afirmarla. Y los hechos que forman parte de esa situación, pueden ser aceptados o negados por la otra parte.

Es por eso que, en caso de que exista similitud entre los hechos afirmados por ambas partes, el juez debe considerarlos ciertos. Y son éstas, las que manifiestan cuál debería ser el derecho aplicable al caso. Además, en caso de negación, se deberá no solo alegar, sino, también cumplir con otra tarea, para así, poder lograr la convicción del juez respecto de los hechos sobre los que se afirma. En este sentido, el término “...prueba...”, alude a esa típica actividad, con la que se debe cumplir durante el transcurso del proceso. La cuál, comprende un acumulado de modos, procedimientos, conocidos como “...medios de prueba...”, establecidos por la ley, y tiene como fin, a través de estos últimos, de crear el convencimiento del juez, (“...argumentos de prueba...”), respecto de los hechos afirmados por las partes, como base de sus pretensiones o defensas.³⁴

-De la carga de la prueba (Onus probandi)

Eduardo J. Couture, definió la carga procesal y la concibió como una situación jurídica, establecida por la ley, que requiere de forma facultativa, cumplir con una conducta que surge del interés propio de la parte, en un litigio. De no cumplirla, esto generará una consecuencia negativa para ella. En otras palabras, la carga procesal, es un imperativo del propio interés. A diferencia de la obligación, en la cual, el vínculo está impuesto por un interés ajeno, que es, el del acreedor. Ahora bien, desde el punto de vista estrictamente procesal, la carga de la prueba, refiere a la distribución legal de la prueba, e imposición de probar la verdad de los hechos manifestados en el juicio, que fueron alegados por los litigantes.

Como es notorio, la ley coloca al litigante, en la dificultosa situación de no creer sus afirmaciones, si no las prueba. De manera que, éste, para evitar esa suposición,

³⁴Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 503-504.

debe evidenciarlas.

Con lo expuesto, debe quedar claro que, no estamos hablando de una ventaja para la contraparte, sino, que la carga de probar, es un imperativo del propio interés de la parte que la cumple. Y en caso de no hacerlo, es decir, si no prueba los hechos que afirmó, perderá el juicio.³⁵

Por su parte, Osvaldo A. Gozaíni afirmó que: la raíz etimológica de la palabra carga, nace de la palabra latina “...onu...”, que, usualmente, se traduce como “...peso...”. A partir de allí, es que se considera que, se estableció el deber de probar lo que se afirmó como ocurrido y lo que se alegó como presupuesto fáctico. Para de esta forma, poder aplicar una norma, que proteja la postura de quién entabló una demanda.

En consecuencia, la naturaleza y el valor de las normas sobre la carga de la prueba, residen en este conocimiento transmitido al juez, sobre el contenido de la sentencia que éste debe emitir, en el caso en que no se pueda acreditar la verdad de un hecho sustancial. Por lo que se considera que, cada una de las partes, lleva la carga de la prueba, respecto de la existencia de todos los presupuestos; positivos y negativos de las normas. Que, de no aplicarse, no tendría éxito la pretensión procesal.

La carga probatoria tiene los siguientes contenidos:

- 1.El que dispone quiénes son los responsables de acreditar la verdad de las afirmaciones pertinentes.
2. Y el que dispone qué hechos son los que tienen que probarse.

Gozaíni, ha definido la carga de la prueba, como un instituto procesal que contiene una pauta de juicio, por medio de la cual, se le muestra al juez, cómo debe pronunciarse en el caso de no encontrar en el proceso, pruebas que generen convicción sobre los hechos que deben hacer a su decisión. Además, de forma indirecta, dispone a cuál de las partes le corresponde la prueba de esos hechos, a fin de impedir resultados que le fuesen desfavorables.³⁶

³⁵Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Talcahuano 494, Buenos Aires, Ed. Roque Depalma Editor. Pág. 241-242.

³⁶<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20 a las 17:00 hs.)

Enrique Palacio, expresó que: las reglas sobre la carga de la prueba, son aquellas que tienen como finalidad, establecer cómo se debe repartir entre las partes, la actividad probatoria sobre los hechos que son materia de juicio. Empero, éstas, no exigen ningún tipo de deber a los litigantes. Es decir que, quién no prueba, en virtud de la regla que pone esa actividad a su cargo, no recibe sanción alguna. Sin embargo, como toda acción u omisión en materia procesal, tiene una consecuencia, correrá el riesgo de no hacer al convencimiento del juez, respecto de la existencia de los hechos pertinentes, y, por ende, obtendrá una sentencia adversa.

Al igual que toda carga procesal, la actividad probatoria, es una exigencia del propio interés. Como principio, al actor le corresponde la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión. Y como, en general, ésta última, comprende una situación fáctica complicada, también, debería fijar el hecho que reviste dicho carácter.

Sobre esto, se formularon diversos razonamientos, entre los cuáles, se distingue el que atribuye carácter constitutivo al hecho concreto del cual surge, inmediatamente, el efecto jurídico esperado. (Liebman).

Ante una pretensión por cumplimiento de un contrato de compraventa, el hecho determinado será su celebración, y consecuentemente, el conjunto de situaciones que lo tipifican como; cosa vendida, precio, etc. Pero no están comprendidas dentro del hecho determinado, otras situaciones o modos del contrato, como, por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la que se expresó el consentimiento, etcétera, que según Chiovenda, son requisitos ordinarios a todas las relaciones jurídicas, y justamente, éste carácter hace innecesario que se pruebe su existencia en cada caso concreto.

En cambio, al demandado le corresponde como regla, acreditar los hechos impeditivos³⁷, (cuando los afirma como fundamento de una defensa), los cuáles, carecen del carácter que tienen dichos requisitos ordinarios.

Siguiendo con el ejemplo mencionado, serían hechos impeditivos, la incapacidad de los contratantes, los vicios en el consentimiento, tales como el error o la violencia, etc.

En principio, al demandado, también le incumbe probar la presencia de hechos extintivos, como, por ejemplo, el pago del precio por parte del comprador o la entrega

³⁷<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/prueba/prueba.htm> (visitado el día 18/09/20 a las 19:00 hs.)

de la cosa por parte del vendedor. No obstante, cuando se tratare de obligaciones, es necesario formular una diferenciación entre ellas.

En cuanto a las obligaciones de dar y de hacer, el actor debe, únicamente, probar el hecho constitutivo, y no la omisión del cumplimiento. A pesar de ello, en las obligaciones de no hacer, el actor también debe probar, la acción positiva del demandado a través de la cual, éste dejó de cumplir su prestación.

En definitiva, el actor deberá probar los hechos impeditivos o extintivos, cuando ellos formen el fundamento de una pretensión. Esto sucede, por ejemplo, cuando se solicita la nulidad de un acto jurídico, por existir alguna circunstancia que contradiga su validez; en el caso de que el deudor demanda para que se declare la eficacia de un pago de consignación, etc.³⁸

Al respecto, Jorge Peyrano, sostiene que: la carga procesal es un “...*imperativo del propio interés...*”, de allí, que sea de naturaleza incoercible. Que recae en una parte, y si ésta da cumplimiento, puede, posiblemente, convertirse en una ventaja procesal o en el peor de los casos, impedir una desventaja. La carga procesal, se distingue por favorecer a la composición y al desarrollo del proceso.

Ciertamente, es importante considerar que la regla de la carga de la prueba, es una regla de juicio, más que una regla de prueba, siendo clara su verdadera relevancia, cuando no existe prueba o cuando ésta es insuficiente, porque en ese caso, el juez debe pronunciarse en contra de la parte que se encuentra imposibilitada o que le resulta muy difícil probar.³⁹

-De la teoría de las cargas dinámicas de la prueba:

³⁸Palacio, Enrique (2016). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 513-515.

³⁹<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 20/09/20 a las 19:00 hs.)

Sobre dicho tema, Osvaldo Gozaíni, expresó que: hay un enfoque que considera acertado, el cual tiende a dinamizar las conductas, y que tiene como fin, alcanzar la verdad por medio de ambas partes, cumpliendo con los principios de solidaridad y mutua colaboración procesal. Es indudable que la carga de la prueba, tal como actualmente se la concibe, es un pretexto del non liquet. En el sentido de que, si la prueba acciona incorporada al proceso, desaparece el problema de la carga y se hace efectiva la obtención para el juez.

Es irrelevante, determinar que sujeto tenía el deber de acreditar sus afirmaciones, si éstas ya se han evidenciado. Asimismo, y adecuadamente, Peyrano tiene en cuenta, esa situación dinámica del proceso, que precisa de un cambio permanente y que se alterna con el deber de cooperación o colaboración.

Además, la solidaridad se vuelve justicia, cuando hacemos mención a las pruebas que solo puede traer la contraparte, por tenerlas a su disposición; en caso de que se crea, que esto impide el equilibrio entre las partes, la posibilidad de incorporación es dificultosa al máximo, o prácticamente nula.⁴⁰

Lino E. Palacio, sostiene que: la mayor parte de la doctrina civilista, y algunos leading cases de esta materia, están expresando que, cuando la responsabilidad se basa en la culpa, la carga procesal respectiva, recae con más fuerza sobre quién se encuentre en mejor situación de probar.

Esto sucede, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad médica, donde al paciente le corresponde probar la culpa del profesional. Ahora bien, la situación de superioridad procesal, que el profesional tiene respecto de sus conocimientos técnicos y de las situaciones que envuelven el tratamiento o la intervención quirúrgica, confiere un valor supremo a las presunciones judiciales.

En consecuencia, una vez acreditados por el paciente determinados datos empíricos, el magistrado debe colegir la culpa del galeno, que no ha sido probada de modo directo, cuando el daño, al ocurrir y acorde a la experiencia común, no podría conocerse de otra manera, que no fuese por motivo de comisión de culpa.

⁴⁰<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20 a las 17:00 hs.)

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado dichas tendencias, considerando como una facultad judicial, en su art. 1735, lo siguiente “...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...”⁴¹

Jorge W. Peyrano, uno de los precursores de la mencionada teoría, dijo que: ciertamente, constituyen una flexibilización de las reglas antiguas de distribución de la carga probatoria. De modo que, se fue aceptando, la validez de aislamientos excepcionales de las mencionadas reglas tradicionales, que esbozó Chiovenda y que posteriormente, fueron perfeccionadas por Rosenberg.

Conforme a lo establecido en el texto del artículo 1735 del CCYCN, se entiende que la comunicación del juez a las partes, informándoles que aplicará este criterio, debe ser previa a que se produzca la prueba, ya que, de lo contrario, no tendría sentido lo dispuesto en el último párrafo.

Lo que sucede, es que, en ese momento, lo más probable es que el juez no esté en condiciones de ponderar, cuál de las partes se encuentra en mejor posición de probar, a menos, de que se tratare de casos modelo, como sería la suposición de una pretensión indemnizatoria por una mala praxis médica quirúrgica. En este sentido, Peyrano, siempre se ha manifestado de forma negativa sobre la práctica del mencionado aviso. Ahora bien, con un contexto más claro, se comprendió que las cargas probatorias dinámicas, hacen a la totalidad de la carga probatoria, en cuanto a que, su campo de acción comprende, en teoría, únicamente a la prueba de la culpa.

No se trata de trasladar el “...onus probandi...”, sino que, se requieren trabajos probatorios muy distintos; la parte favorecida con el mecanismo que nos ocupa, debe cumplir una tarea mucho más fácil y limitada que la que le corresponde a su contraria.⁴²

⁴¹Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 516.

⁴²<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&> (visitado el día 21/09/20 a las 18:00 hs.)

La celeridad probatoria que implica, sólo aplica en algunas áreas, (especialmente, en la relativa al factor de atribución) y no en todas. De esta manera, quién demanda por una mala praxis quirúrgica, tendrá la carga de acreditar varios puntos; en qué lugar se realizó la intervención quirúrgica, cuáles fueron los daños sufridos, y que éstos existieron, etc. Y el experto, solamente deberá alegar y manifestar las razones exculpatorias que lo asisten.

Esta doctrina, se aplicará en aquellos casos, en que mediaren situaciones excepcionales, que entorpezcan la tarea probatoria de una de las partes. Por consiguiente, se desplazará el esfuerzo probatorio respectivo hacia la parte contraria. Dicho de otro modo, el onus probandi recaerá en cabeza de la parte que este en mejores condiciones; profesionales, técnicas o fácticas, de acreditar algún hecho o situación transcendente para la causa, o producir la prueba pertinente.

A pesar de ello, se debe aclarar que la aplicación de esta doctrina, no supone un desplazamiento total de la carga probatoria, sino, solamente, parcial. Preservándose la imposición de la carga a la otra parte, sobre ciertos esfuerzos probatorios. Asimismo, el actor, continúa teniendo un rol muy relevante: el conducente a la averiguación de la verdad jurídica objetiva. Por tal motivo, debe aportar las pruebas que se encuentren a su alcance.⁴³

Sistemas de valoración de la prueba

Sistema actual. la “...sana crítica...”.⁴⁴

Eduardo Couture, afirmó que: existen países que han tomado para su codificación, y en materia de apreciación de la prueba, el modelo de la ley española de

⁴³<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 21/09/20 a las 18:50 hs.)

⁴⁴<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=i036973C8542842B7AB994B2D8E29BB2C&hitguid=i036973C8542842B7AB994B2D8E29BB2C&tocguid=&spos=15&epos=15&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&> (visitado el día 22/09/20 a las 18:00 hs.)

1855, y consagraron el principio de las reglas de la sana crítica, en lo relativo a la interpretación de la prueba testimonial. Dichas reglas, configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción.

Estas últimas, juntas, constituyen una fórmula que ha sido elogiada por la doctrina, que tiende a reglar la actividad intelectual del juez, frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica⁴⁵ son, principalmente, las reglas del buen entendimiento humano. En éstas, se encuentran, las reglas de la lógica, y las reglas de la experiencia del juez.

Todas asisten al magistrado, para que éste, pueda examinar la prueba, sea de confesión, de testigos, de peritos, de inspección judicial, cuando no sea clara, según la sana razón y según el conocimiento experimental de las cosas. En este sentido, el juez no tiene la libertad de razonar conforme a su voluntad; discrecional o arbitrariamente, ya que, no se trataría de la sana crítica, sino de libre convicción.

La sana crítica no implica grandes contemplaciones de tipo intelectual, pero, tampoco se puede dejar de lado la llamada “...*higiene mental*...”, para obtener un razonamiento más seguro y eficaz.

No es suficiente con que la sentencia sea lógica, ya que, la producción del juez, puede ser correcta en el sentido lógico formal y ser errónea la sentencia. Como, por ejemplo, cuando decida del siguiente modo: “...*todos los testigos de este pueblo son mentirosos, este testigo es de este pueblo, de manera que, dijo la verdad...*”

La falta lógica es evidente, pero desde el enfoque jurídico, la decisión puede ser justa, si el testigo, efectivamente, hubiera dicho la verdad. Empero, puede acontecer otra hipótesis contrapuesta. “...*Todos los testigos de este pueblo son mentirosos, este testigo es de este pueblo, de manera que, es mentiroso...*”

En la última hipótesis, se respetaron los principios lógicos, en cuanto a que, el desarrollo del razonamiento fue correcto. Sin embargo, la sentencia sería injusta si hubiera fracasado una de las premisas: “...*si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo...*”

⁴⁵<http://jorgearojas.com.ar/wp-content/uploads/2005/04/valprue.pdf> (visitado el día 25/09/20 a las 20:00 hs.)

De la misma manera, debemos decir que, la sana crítica comprende, además de lógica, la correcta valoración de determinadas proposiciones de experiencia, de las que todo hombre se vale en la vida, que son, las llamadas “...*máximas de experiencia*...”.

Esas deducciones, no tienen la rigurosidad de los principios lógicos tradicionales, sino, que son accidentales, y cambian, conforme al tiempo y al lugar. En este aspecto, el avance de la ciencia, va de la mano de máximas de experiencia, que son modificadas por otras más precisas, y la lógica actual, señala cómo el pensamiento humano se encuentra en un constante avance en la forma de razonar⁴⁶.

Al respecto, Osvaldo Gozaíni, sostiene que: las reglas de la sana crítica, son las barreras que ponen límite, a la libertad que tienen los jueces en el sistema de la libre apreciación. Y éstas, nacen en la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 1855, cuyo artículo 317 establecía: “...*Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*...”.

El contenido de dichas reglas, provendría del sistema de interpretación que se fundamenta en la crítica racional. Sin embargo, la jurisprudencia posterior, contempla en la sana crítica, juicios de lógica pura, o reglas de la observación y experiencia, o de la lógica aplicada al proceso, o del buen sentido de interpretación. También, refiere a la cordura, moralidad y conocimiento de los jueces, etc.

Este sistema de valoración de la prueba, varía en su forma, acorde a la estructura donde opera. Asimismo, el resultado de la prueba en un proceso, no se calcula por las cantidades, sino, por el nivel de persuasión que logran en el juzgador.

Cuando se trata de la libertad o limitación que tiene el juez, respecto a la valoración, se deben distinguir, los procesos orales de los escritos, y también, aquellos que permiten la actuación de jurados populares o legos. En cada uno de estos, se debe estimar la forma en que se conoce la prueba, y la forma en la que se interpretarán las razones que incluyen cada uno de esos medios.

La apreciación en conciencia, la persuasión racional, y la íntima convicción, son distintos términos de un mismo sistema (el de libertad de valoración), aunque, con la peculiaridad de que, éstos respetan en sus conclusiones, la forma en que se interpreta,

⁴⁶Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma. Pág.272.

la etapa y los medios de prueba. Estas particularidades, junto con las reglas de la sana crítica, son notas diferentes, para la clase de procedimiento donde actúen.⁴⁷

A su vez, Lino E. Palacio, puso de relieve que: el CPCyCN adoptó como sistema de apreciación de la prueba, el llamado, de la “...sana crítica...”. Cuyo art. 386 prevé que, “...salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa...”.

Al mismo tiempo, refieren a las reglas de la sana crítica, en materia de presunciones; el art. 163, inc. 5 y en relación a la prueba testimonial y pericial; los artículos 456 y 477.

El primero, establece que “...las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica...”. Ahora bien, el art.456 dispone que “...el juez apreciará, según las reglas de la sana crítica las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones...” de los testigos; y el art. 477 prevé que “...la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca...”.

Palacio, sostiene que el concepto de la sana crítica, emana de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 1855⁴⁸, la cual, se inspiró sobre este tema, en lo dispuesto en los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real del año 1846.

No obstante, debemos señalar que, en las reglamentaciones de los países ajenos al dominio hispánico, se hace mención a la libre convicción, como, por ejemplo, en el

⁴⁷<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 17/06/20 a las 17:00 hs.)

⁴⁸<https://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/Ley%20de%20Enjuiciamiento%20Civil%20de%201855.htm> (visitado el día 18/06/20 a las 17:00 hs.)

Código alemán, en el del Vaticano, y en el de Brasil, o aluden a la sensata valoración del juez, como es el caso del Código italiano, pero, jamás, remiten a la sana crítica.

Estas modalidades de léxico, no permiten, como quisieron dar a entender autores como, por ejemplo, Couture, Alcalá Zamora, realizar diferenciaciones principales entre el sistema español y el sistema de otros países europeos. De manera que, como lo afirman Alsina y Sentís Melendo las reglas de la sana crítica, comprendidas como normas de criterio, instituidas en la lógica y en la experiencia, no forman un sistema intermedio entre el de las pruebas legales y el de las libres convicciones, sino, una característica específica, que se destina al sistema de la libre apreciación de la prueba.

En virtud de ello, Sentís Melendo sostiene que, más allá de los diversos matices, los sistemas de valoración de la prueba, en cuestión, son dos: el de la prueba legal o tasada; en el cual, el juez no puede actuar, sino sometido a la rigurosidad de sus reglas, y el sistema de la libre apreciación; por medio del cual, el juez tiene absoluta libertad para apreciar la prueba, a diferencia del otro sistema, en donde, esa libertad le es negada.

Para calificar el sistema, las leyes hispanas lo llaman “...*de sana crítica*...”, y los Códigos de otros países, emplean distintos términos, tales como: libre convencimiento o convicción y prudente apreciación, etc. Aunque, no se trata de términos opuestos, ni tampoco diferentes, sino que, alude a la correcta utilización del mismo, por parte del legislador español.⁴⁹

2) Principios que rigen en la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

- Principio de colaboración de las partes:

⁴⁹Palacio, Enrique (2016). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot. Pág.542-543.

Oswaldo A. Gozaíni: expresó que: dicho principio, configura una flexibilización del principio de la carga probatoria que opera en el proceso civil, por medio del cual, se distribuye el trabajo de afirmar o acreditar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Sea por tener un fácil acceso a los medios probatorios, o por detentarlos.

Esta teoría de las cargas probatorias dinámicas, coloca la carga de probar la inculpabilidad, en la parte que se encuentra en mejor posición de hacerlo. En este sentido, el artículo 710 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone que los procesos de familia, serán conducidos por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba.

El criterio mencionado, se aplica, especialmente, en los procesos de responsabilidad profesional. Donde, el médico es quién acepta el deber jurídico de la actividad, y es el paciente, quién debe demostrar la culpa de aquél.

Pero, generalmente, el paciente se enfrenta con dificultades al momento de demostrar la culpa del médico, lo que conlleva a que se otorgue a la prueba de presunciones, un alto valor, por comprobar el paciente determinados datos empíricos. El magistrado, deberá concluir la culpa del profesional médico, cuando no haya sido probada de forma directa.

“...Corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad...” (CNCiv., Sala D, 28/02/1996, La Ley, 1997–C–224).⁵⁰

El jurista Peyrano, afirmó que: este principio, se diferencia de otros, ya que se caracteriza por comprender cargas y deberes procesales que incumben a las partes, pero, también, a terceros, que son totalmente extraños al proceso. Sin embargo, en todos los casos, su aplicación alude a que el proceso civil debe ser tenido en cuenta, como una empresa común, que, para lograr un resultado exitoso, requiere de la colaboración de ambas partes, y, además, casualmente, la de otras personas obligadas legalmente a proporcionar su ayuda, para la obtención del logro señalado.

⁵⁰<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 17/06/20, a las 18:00 hs.)

Existen determinadas conductas procesales de los litigantes, que implican efectos no favorables para los mismos, y que manifiestan la presencia del principio de colaboración procesal; el cuál, tiene como objetivo, imponer sanciones a dichas conductas, por ir éstas, en contra de la idea de que el anhelado éxito del proceso civil, es una empresa común a ambas partes.

Como, por ejemplo, el comportamiento obrepticio y oclusivo de la parte, que no presta la cooperación correspondiente, para cumplir con una pericia judicial que se ordenó.

Aunque, el CPCyCN no haya previsto de forma expresa, el deber de colaboración de las partes, en provecho de una mejor producción de la pericia, de igual manera, se lo debe considerar tácitamente incluido, esto, entre otras razones, porque la conducta procesal obrepticia en materia procesal civil, consigue encuadrarse dentro de lo establecido en el artículo 163 inciso 5º del código mencionado.

El principio de cooperación procesal, manifiesta la presencia y los alcances de cuantiosas disposiciones legales y resoluciones jurisdiccionales dominantes, argumentando, de esta forma, el trabajo de diversas cargas y deberes procesales. Debe destacarse que, algunos de estos deberes tienen un apoyo del llamado; Servicio Público Judicial, que compromete de alguna manera, a todos los ciudadanos en la empresa común, para gozar de un proceso civil eficaz.

Al respecto, el principio en cuestión, demanda un mínimun y no un máximun de colaboración, tanto de las partes, como de terceros, en la mencionada empresa común, aunque, cuando corresponda su aplicación, la cooperación ordenada puede ser profunda.⁵¹

-Principio de igualdad:

Sobre este tema, Eduardo Couture, sostuvo que: en materia procesal, el principio de igualdad, refiere a la exigencia de que las partes, reciban justa igualdad de

⁵¹http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf (visitado el día 18/06/20 a las 19:00 hs.)

posibilidades al ejercer su derecho de acción y de defensa. Sin embargo, la situación del actor, es más provechosa, ya que cuenta con más tiempo para confeccionar la demanda, es decir, solo está condicionado por los plazos de prescripción, empero, el demandado debe preparar su defensa, limitado por los plazos que establecen al respecto los ordenamientos procesales, que, aunque son generalmente, sensatos para el fin respectivo, son más acotados que los que limitan a la parte actora.

Debe quedar claro que, se vulnera este principio cuando se confiere o reconoce a una parte, lo que se niega a la otra. Es así, que una resolución declarada inapelable para ambos litigantes, o el rechazo de determinada prueba a ambas partes, no configuran violaciones legales ante la ley, del principio de igualdad, previsto por la Constitución Nacional.

En otras palabras, la vulneración existiría, cuando al actor se le permitiera probar, alegar, o impugnar, aquello que se le hubiere negado al demandado, o a la inversa.⁵²

Osvaldo Gozáini, expresó que: el principio de igualdad, o también conocido como principio de bilateralidad, incluso, se puede concebir desde el punto de vista constitucional, y se pueden establecer los motivos en dicho principio, en virtud del cual, cada parte, debe tener oportunidades iguales y resoluciones paralelas o equilibradas.⁵³

A su vez, Roland Arazi, afirmó que: la garantía procesal de igualdad ante la ley, que establece el art. 16 de la Constitución Nacional, se basa en no establecer distinciones, que exceptúen a unos, de lo que se otorga a otros, en igualdad de situaciones y condiciones; aunque, nada imposibilita examinar de forma diferente, situaciones que se juzgan como distintas, siempre que la distinción no sea injusta, o que aluda a una oposición contra ciertas personas o clases de personas, ni que signifique un favor indebido o un privilegio personal o grupal.

⁵²Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma. Pág. 185

⁵³<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/08/Garantias-Principios-y-Reglas-del-proceso.pdf>. (visitado el día 19/06/20 a las 20:00 hs.)

Este principio, no se considerará violado, cuando exista un motivo objetivo para discriminar, aunque su fundamento sea discutible. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha manifestado que no se ve transgredida la igualdad de las partes, prevista en el art. 34 inc. 5º, III, del CPCyCN, por la existencia de fallos opuestos en situaciones jurídicas análogas; ni porque una cámara modifique su propia jurisprudencia plenaria. De igual modo, el beneficio de litigar sin gastos, previsto en el art. 78 del CPCyCN, que se concede a una de las partes, no transgrede el principio en cuestión, más bien, busca que las partes actúen en el proceso en total paridad de condiciones.⁵⁴

3) De los deberes y facultades judiciales:

El profesor Arazi Roland, concluyó que: los deberes y las facultades judiciales, no son conceptos completamente independientes, sino que, como sostenía Podetti, éstos, están ligados entre sí, y son continuos, en cuanto a que, los derechos tienen como objetivo, el correcto cumplimiento de los deberes. De esta manera, Díaz, manifestaba que, los jueces tienen “...*poderes-deberes*...”. En último lugar, Sentís Malendo coincidía, al afirmar que: “...*las facultades que el juez tiene en el proceso son deberes para él*...”.⁵⁵

A modo de conclusión, podemos decir, que en lo relativo al concepto de **prueba**: adherimos al pensamiento de Gozaíni, por considerar que la prueba es el centro de todo juicio, y aquella que determina su éxito o fracaso. En cuanto a la **carga de la prueba**, si bien todos los autores coinciden en que ésta, es un imperativo del propio interés, que determina, en definitiva, como fallará el juez, compartimos lo sostenido por Couture, al manifestar que la ley es la que coloca al litigante, en la embarazosa situación de no confiar en sus afirmaciones, si no las prueba. Y que, la carga de la prueba no se

⁵⁴Arazi, Roland. **Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires**, Ed Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 183

⁵⁵Arazi, Roland. **Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires**, Ed Rubinzal-Culzoni Editores. Pág.71-72.

trata de una ventaja para la contraparte, sino, que es un imperativo del propio interés de la parte que la cumple.

En lo respectivo a la **teoría de las cargas dinámicas de la prueba**, concordamos con lo propuesto por Peyrano, en el sentido, de que, no se trata de trasladar el “...*onus probandi*...”, sino que, ambos litigantes deben probar, y a la parte sobre la cual, recae la carga dinámica, le es mucho más fácil hacerlo, a diferencia de su contraria. Ahora bien, en relación a la **sana crítica**, adherimos a lo expresado por Couture, al declarar que las reglas de ésta, configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la prueba de la libre convicción, al estar compuestas por: el entendimiento humano, la lógica, y la experiencia del juez.

En cuanto al **principio de colaboración**, coincidimos con Peyrano, por entender que éste, implica la cooperación de las partes, incluso de terceros, para llegar así, a un proceso eficaz. En lo concerniente al **principio de igualdad**, adherimos al pensamiento de Arazi; al afirmar que este principio, alude a no establecer distinciones, que exceptúen a unos, de lo que se otorga a otros, aunque, nada impide examinar de forma diferente, situaciones que se juzgan como distintas, siempre que la discriminación no sea injusta.

Y para finalizar, diremos que coincidimos con lo que sostiene Arazi, al expresar que los **deberes y facultades de los jueces**, están entrelazados entre sí.

CAPÍTULO III

LAS CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA

En este capítulo, desentrañaremos lo relativo a las preguntas problemas que nos planteamos en el proyecto de esta tesis, y que son las siguientes:

1- La parte a la cual se le impone la carga de probar ¿debe cumplirla?

Para comenzar, debemos recordar, que gracias al trabajo de la doctrina procesal y de las sentencias judiciales que se proponían lograr la justicia del caso concreto, es que fueron surgiendo las reglas sobre la teoría de la “...*carga dinámica de la prueba*...” la cual, substituyó parcialmente, (ya que, solo aplica en casos excepcionales) el enfoque estático y rígido, en virtud del cual, la carga de la prueba respecto de los hechos que respaldaban a la norma que se pretendía aplicar, estaba inevitablemente, en cabeza de la parte que los alegaba⁵⁶.

Y que con las reglas tradiciones de carga de la prueba, las partes conferían al proceso, una acreditación, propia de una actividad interesada. De ahí, que no existiera la colaboración, ni solidaridad entre las mismas, y tampoco hacia el órgano que tenía que encontrar la verdad de los hechos del caso. Como si fuera poco, se destacaban las complicaciones para probar los hechos que no fueran afirmados por ambas partes, o aquellos declarados por una de ellas, respecto de los cuales la contraparte impedía toda su demostración, y, ante estas circunstancias era demasiado difícil lograr el fin.⁵⁷

⁵⁶<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/18404/TESES%20final%20corregido%20-%20Constanza%20Pastori.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (visitado el día 24/12/20 a las 18:00 hs.)

⁵⁷[http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20\(materiales\)\[1\].pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20(materiales)[1].pdf) (visitado el día 27/12/2020 a las 20:00 hs.)

De modo que, si queremos dar una respuesta sobre el interrogante planteado ut supra, debemos analizar lo sostenido por los autores más destacados en esta materia.

En este sentido, el profesor Osvaldo Gozaíni, plantea que el cumplimiento de la teoría en marras, por la parte a la cual se le impone la carga o el peso procesal de hacerlo, efectivamente, es un deber. Esto, porque se trataría de un deber de cooperación o colaboración, y determinaría la justicia de la resolución del caso, cuando la prueba imprescindible para la solución del mismo, se encuentra en poder de una parte.⁵⁸

Por su parte, Augusto Morello, al tratar el tema, expresaba que hay valores que quedaron olvidados, pero que deben ser considerados en una concepción armonizada, por lo que significan y por ser, generalmente, decisivos en el reparto probatorio, refiriéndose al principio de solidaridad que “...obliga...” en el proceso, como carga técnica con más peso, a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de proveer la prueba.

Sucede que, en la mayoría de las situaciones controvertidas, hay una incuestionable desigualdad para compensar los peligros de producción de una prueba, que, mediando la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba⁵⁹, no sucedería, ya que ésta, señalaría, “...a priori...”, cuál es la parte que tiene el deber probatorio. No obstante, “...es una regla de experiencia verificable en el banco de ensayo de lo que acontece en el tráfico judicial...”; en el ámbito de contratos, de simulación o fraude, de vicios del acto jurídico, de prestación de servicios, etc. Que ni al contrincante, ni al órgano judicial, sino, únicamente, a esa parte, le es más fácil aportarla; sea por tener conocimiento de las circunstancias, por poseer el medio probatorio más idóneo, por serle más económico, más directo, etc., traer la prueba.

Por ende, tiene el deber de cumplir con ese comportamiento enérgico y necesario para obtener el efecto deseado, gracias a su contribución. En otras palabras, debe efectivizar la carga, como si fuera que, en el reparto, le fuese atribuida como interesada, por la norma.

Lo expuesto hasta aquí, refiere a la operatividad del principio de cooperación, o colaboración, que también, alude al principio de solidaridad; que tiene más peso funcional, y a su vez, estos dos, radican en el de buena fe. Por lo tanto, se impiden conductas que se limitan a la simple negación, por ejemplo, en caso de la remisión de

⁵⁸<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20, 17:00 hs.)

⁵⁹<https://revistaiusnovum.files.wordpress.com/2017/05/7.pdf> (visitado el día 28/12/2020 a las 18:00 hs.)

mercaderías, habiéndose fijado las reglas de venta, de la factura para reclamar la ausencia de acuerdo sobre el precio, u ocultar información o brindar prueba insuficiente, distinta de la que el juez esperaba de ese litigante.

El autor mencionado, agrega que, la dimensión social, en la que se introducen, actualmente, las declaraciones que comprende el derecho, respecto al proceso judicial o arbitral, ponen de relieve el protagonismo de la voluntad, y el interés de los litigantes, quiénes, desde el punto de vista de la prueba “...*deben...*” proveer la que atañe a sus aseveraciones.

Además, tiene que comprenderse, que no sólo se estarían resguardando en defensa de su propio interés, sino, que estarían dejando de lado, el valor privilegiado de la solidaridad, que, desde un marco humanista, prescinde del objetivo primordial de hacer justicia⁶⁰.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia argentina, con rigidez científica, creó el círculo del repartimiento probatorio, en dos líneas:

1. “...*la parte mejor colocada o en situación más cómoda o a la que le es menos oneroso procurar la prueba es la que está cargada de su producción...*”;
2. “...*la variación en las posiciones interiores de los litigantes durante el desarrollo del litigio determina, dinámicamente, sucesivos desplazamientos; tal rotación repercute en el juego circular de las referidas cargas...*”.⁶¹

Es indiscutible, que la doctrina procesal actual, ha receptado la pauta interpretativa que pretende una apreciación flexible y funcional de las tradicionales reglas de repartición de la carga probatoria, subrayando el cumplimiento del deber de colaboración que corresponde a cada una de las partes, conforme a su actitud en la relación o situación jurídica que se esclarece en el proceso, empapado de una concepción más solidaria del mismo⁶².

Tanto, Lino Palacio, como, Jorge Peyrano, coinciden en que, cuando se tratare de la responsabilidad basada en la culpa, la carga procesal respectiva, recae con más fuerza sobre quién se encuentre en mejor situación de probar.

⁶⁰<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/morello,%20augusto%20%20la%20prueba.pdf> (visitado el día 30/12/2020 a las 21:00 hs.)

⁶¹Morello, Augusto (2001). **La prueba. Tendencias modernas**. La Plata, Ed. Platense-Abeledo-Perrot. Pág. 274.

⁶²Morello, Augusto, Sosa, Gualberto, Berizonce, Roberto (2004). **Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados**. La Plata, Ed. Platense Abeledo-Perrot. Pág. 140.

Esto sucede, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad médica, donde al paciente le corresponde probar la culpa del profesional, pero al serle muy difícil o imposible hacerlo, y por la situación de superioridad procesal que tiene el profesional, será éste quién deba probar en ese caso.⁶³

Arazi, afirmó que, respecto a la teoría de la carga probatoria dinámica o del principio de colaboración, y solidaridad, debe probar, el litigante que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Dicha doctrina, es significativa en casos de mala praxis profesional. Comúnmente, el abogado, el escribano, el médico, etc., por sus mayores conocimientos en la materia sobre la que trata el litigio, pueden acreditar con más facilidad su conducta adecuada.

Empero, a la parte afectada por el accionar profesional, le resultará, en general, muy complejo probar la culpa. Eisner, mantiene la idea de que, para evitar una sorpresa, se debe atribuir al magistrado, el deber de adelantar su criterio sobre la repartición de la prueba. En consecuencia, la parte sobre la cual, se coloca la carga, se asegure de que el juez aguarda su aporte probatorio- “...dinámico, solidario, y de colaboración exigida...”.⁶⁴

Al mismo tiempo, Arazi opina que, aun existiendo negligencia de los litigantes, el juez tiene el deber de compensar esa falta y previo a sentenciar, debe esclarecer los hechos, ordenando que se produzca aquella prueba que crea determinante.⁶⁵

En otro orden de ideas, una parte de la doctrina, cree que el origen de la teoría de la carga dinámica de la prueba, surgió de Jeremías Bentham, quién coincide con lo expuesto por los autores mencionados previamente, y agrega que, el peso probatorio se debe imponer en cada caso determinado, a aquella parte que la pueda soportar sin obstáculos, o “...con menos dilaciones, vejámenes y gastos...”⁶⁶ y nosotros, entendemos que ésta, debe cumplirlo.

⁶³Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 516.

⁶⁴Arazi, Roland. **Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 354-355.

⁶⁵<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/principiodeigualdadprocesalenmateriaprobatória> (visitado el día 31/12/2020 a las 10:00 hs.)

⁶⁶Bentham, Jérémie (1971). **Tratado de las pruebas judiciales, trad. de la obra "Traité des Preuve Judiciaires, BossangeFrères**. Buenos Aires, Ed. Ejea, Pág. 149.

Finalmente, Taruffo, sostuvo que, la aplicación de la teoría en cuestión, supone conferir al magistrado un poder judicial extenso, que no se ajusta apropiadamente con la correcta imparcialidad que tiene que tener el proceso. Con motivo de impedir los riesgos de la discrecionalidad del juez, es inteligente “...prever una obligación de disclosure, adecuadamente sancionada...”, respecto de la cual, cada uno de los litigantes debe ofrecer todas las pruebas apreciables que tengan o de las que dispongan, abarcando las que les causarían efectos perjudiciales, o prever una orden de exhibición y aportación - al proceso-, de la prueba con la que cuenta un litigante, que es aquella que, requiere y necesita el otro.⁶⁷

2- ¿Si no cumple con la misma, que consecuencias jurídicas tiene? ¿Qué sucede con la otra parte?

Es harto sabido que, comenzar un proceso judicial implica peligros que los litigantes tienen presentes y cada uno de ellos, debe evidenciar los presupuestos de la pretensión que alega; cumplir con la prueba o no, es un peligro, porque si no se lo hace efectivo, la sentencia, indudablemente, será desfavorable. Justamente, las reglas de repartición de la carga probatoria, conceden ese peligro a una de las partes. Para calcular, el grado del riesgo, es fundamental saber la “...posición probatoria que tiene cada parte...”. La misma, se determinará por la mayor o menor posibilidad de adquirir y de producir prueba.

Al respecto, la ley deduce que uno de los litigantes, está en una situación de desventaja fáctica, por tal razón, prevé incentivos con el objetivo de lograr la igualdad. El gran incentivo, es el onus, que se ubica en cabeza de una de las partes. De manera que, se le informa que, en caso de no cumplirla, no gozará del beneficio. Entonces, el onus probandi, incita a uno de los litigantes a traer al proceso, una prueba que, habitualmente, dispone o respecto de la cual, tiene un fácil alcance. La inobservancia de ese deber, conduce a perder dicho beneficio, en otras palabras, a juzgar el hecho como no acreditado.

⁶⁷<http://www.saij.gob.ar/DACF200163> (visitado el día 01/01/2021 a las 19:00 hs.)

Sin embargo, ante esta situación y tal como lo mencionamos en el capítulo anterior, no debemos olvidar lo expresado por Jorge Peyrano; que la aplicación de esta teoría, al suponer un desplazamiento parcial de la carga probatoria, preserva la imposición de la carga a la otra parte, respecto de determinados esfuerzos probatorios. El actor, continúa teniendo un rol muy relevante: el conducente a la averiguación de la verdad jurídica objetiva, es por ello, que no está exento de probar, sino que, debe aportar las pruebas que se encuentran a su alcance.⁶⁸

A su vez, Arazi afirma que, la parte sobre la cual, se coloca la carga, se asegura de que el juez aguarda su aporte probatorio- “...dinámico, solidario, y de colaboración exigida...”. y de no cumplir, se reconocerá la aseveración fáctica de su contraria.⁶⁹

Morello, al referirse al tema, sostiene que los litigantes, desde el punto de vista de la prueba “...deben...” proveer la que atañe a sus aseveraciones o, por el contrario, sufrir los efectos de la desatención, -de forma indebida-, de ese imperativo, porque eso, no tendría otra interpretación, que no fuera la del egoísmo. En cuanto a que, deja al juez vacilando, con mil dudas o sin poder alcanzar la certeza o convicción, indispensables, cuando el demandante o el demandado, en el caso concreto que se juzga, a pesar de encontrarse en las mejores condiciones de brindar su colaboración al resultado, sólo se limita a evitarla.⁷⁰

Y esta situación, o, mejor dicho, condición, en la que se encuentra la parte a la cual, le es muy difícil probar los hechos de su pretensión, impide que se cumpla de forma efectiva, con la igualdad o el equilibrio de las partes en el proceso.⁷¹

Por otro lado, a pesar de la ausencia de elementos de prueba, esto, quiere decir que no se ha ratificado la verdad de la presunción, y no que ésta sea falsa. La falta de componentes que sirvan de prueba sobre una hipótesis, genera inseguridad acerca de ella, empero, no confirma la hipótesis opuesta.⁷²

⁶⁸<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 21/09/20 a las 18:50 hs.)

⁶⁹Arazi, Roland. **Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires, Ed Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 355.

⁷⁰Morello, Augusto (2001). **La prueba. Tendencias modernas**. La Plata, Ed. Platense-Abeledo-Perrot. Pág. 274.

⁷¹[http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20\(materiales\)\[1\].pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20(materiales)[1].pdf) (visitado el día 27/12/2020 a las 20:00 hs.)

⁷²Taruffo, Michele (2005). **La prueba de los hechos, traducción de Jordi Ferrer Beltrán**. Madrid, Ed. Trotta. Pág. 242.

Para concluir, debemos decir que, cuando una de las partes, actor o demandado, no cumple con el onus probandi, como resultado de su inobservancia, se coloca en una posición desventajosa, por estar ocultando información imprescindible para el proceso, lo que podría conllevarlo a ser la parte vencida. De igual forma, por efecto de esa conducta, se produce una especie de “...certeza práctica...”, que reside en suponer que no se verificó cierto hecho y, además, que la existencia de ese hecho se encuentra en la nebulosa de la duda. Las suposiciones que los litigantes afirmaron, que fuesen discordantes u opuestas, serán analizadas inmediatamente; debiéndose ponderar, cuál de ellas, consigue ser elegida como la más admisible, por contar con un apoyo, con una fuerza probatoria que se destaca de entre las demás, por su nivel, al ser la mejor de todas.⁷³

3- ¿En qué casos se aplica este criterio? ¿Existe legislación que lo regule?

El criterio de la teoría que distribuye las cargas probatorias, en la parte que se encuentra en mejor posición de probar, se ha extendido por sobre todo el sistema jurídico nacional.

En este marco, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, por su importancia, enfatizó en el ámbito del Derecho Laboral y Seguridad Social, del Derecho Civil y Comercial; en materia de juicios promovidos contra entidades bancarias por cajas de seguridad, o cuentas corrientes, como, por ejemplo, el fallo Perón (ver en pág. 62), en el ámbito de defensa del consumidor⁷⁴, en el campo de la responsabilidad por motivo de culpa del ejercicio de profesionales liberales, como, por ejemplo, en los casos de mala práctica médica, -fallos “Pinheiro Ana María” (ver en pág. 67) y “Plá” (ver en pág. 71), en el Derecho de Familia; casos de filiación, a modo de ejemplo, el fallo “Gan” (ver en pág. 76), y nulidad de matrimonio.

⁷³<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 02/01/2021 a las 22:00 hs.)

⁷⁴<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=i08C33824E7F6498A92AA302D6CD9C795&hitguid=i08C33824E7F6498A92AA302D6CD9C795&tocguid=&spos=9&epos=9&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&> (visitado el día 02/01/2021 a las 20:00 hs.)

Además, hay que mencionar que, generalmente, aplica en el Derecho Ambiental,⁷⁵ en contiendas de “...derechos fundamentales sobre la tutela diferenciada...”, como, por ejemplo, los procesos colectivos⁷⁶ que propenden a proteger el ambiente. Incluso se destacó en materia penal.⁷⁷

En cuanto al segundo interrogante, podemos decir que, efectivamente, existe legislación que regula la teoría en marras, y es una ley nacional; hablamos del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual, en sus artículos 710 y 1735, la han impregnado con el sello de la legalidad.

Cabe mencionar que, Peyrano, manifestó que, el art. 1735 del código mencionado, -el cual, regla en materia de responsabilidad civil-, no es de su total agrado, porque, cree que no es conveniente, introducir como una facultad judicial, la comunicación del juez a uno de los litigantes, informándole que será el, quién deberá sobrellevar con más fuerza, la prueba del proceso. Respecto a el art. 710 -el cual, alude al campo del Derecho de Familia-, el autor citado, junto con la destacada civilista Matilde Zavala de González, lo consideran acertado.

Siguiendo con el análisis y en el marco jurídico de la República Argentina, contamos con los siguientes códigos procesales civiles provinciales⁷⁸:

1. Tierra del Fuego:

El Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero, del año 1994, considera a las cargas dinámicas de la prueba, en su art. 375 inc.1 y 2 -carga de la

⁷⁵<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srquid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

⁷⁶<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srquid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iF183F6607D47C5BE1AC41D0C35736B12&hitguid=iF183F6607D47C5BE1AC41D0C35736B12&tocguid=&spos=5&epos=5&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 05/01/21 a las 08:00 hs.)

⁷⁷<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srquid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 04/01/ 2021 a las 18:30 hs.)

⁷⁸<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srquid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

prueba-el cuál reza: “...Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o el Tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba...”.

2.La Pampa:

Su Código Procesal Civil y Comercial, del año 2000, prevé dicha doctrina probatoria, en su art. 360 -carga de la prueba-el cual establece: “...Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368. Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que, por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos...”.

3. Corrientes:

De la misma forma, el Código Procesal Civil y Comercial de dicha provincia, del año 2000, establece en el art. 377 -carga de la prueba-, lo siguiente: “...Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particulares del caso. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el

juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio...”.⁷⁹

4. Formosa:

A partir del año 2003, algo semejante sucede con el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la provincia mencionada, el cual, en su art. 374-carga de la prueba-, dispone: “...Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particularidades del caso. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio...”.⁸⁰

De igual manera, -actualmente-, dicha doctrina pretoriana, fue receptada por las legislaciones civiles provinciales, tales como: el Código de Buenos Aires, el de Santa Fe, y también, el de Mendoza, desde el 1 de febrero del año 2018.⁸¹

Otras Leyes

1. Ley de Defensa del Consumidor

Cabe considerar, por otra parte, que la ley 24.240, contempla las cargas dinámicas de la prueba, estableciendo en su art. 37 -interpretación-, lo siguiente: “...Sin perjuicios de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes: a-las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b- las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los

⁷⁹<https://www.dgcorrientes.gov.ar/rentascorrientes/consultarContenido.do?categoria=51&idContenido=609> (visitado el día 04/01/2021 a las 16:00 hs.)

⁸⁰<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

⁸¹<http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/download/116/41> (visitado el día 04/01/2021 a las 20:00 hs.)

derechos de la otra parte; c- las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario... ”.

2.Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (San Juan, 2006)

El reciente Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de San Juan⁸², (Ley N° 7714) prevé, explícitamente, la teoría que aquí analizamos, en su art. 31, el cual, establece que: “...Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo. La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al perdedor al reembolso de los emolumentos devengados. El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio...”⁸³

4- ¿Cuál es el límite de esta facultad de los jueces? ¿Juega en esta, los principios procesales?

⁸²<https://www.digestosanjuan.gob.ar/Leyes/escaneadas/48149/LP-7714-2006.pdf> (visitado el día 04/01/2021 a las 21:30 hs.)

⁸³<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

A pesar de que, como sabemos, la aplicación en el proceso civil, del famoso y debido principio dispositivo, en virtud del cual, únicamente, se confía a impulso de los litigantes, el poder probar la existencia o inexistencia de los hechos respecto de los cuales, no hay conformidad entre ellos, la mayoría de las leyes en materia procesal, inclusive, aquellas que son adeptas a este principio, consienten, algunas más, otras menos, pero en fin, permiten que los elementos probatorios añadidos al proceso por las partes, sean perfeccionados o completados por la iniciativa del juez⁸⁴, facultad, ésta, que se encuentra inmersa en tres tipos de limitaciones:

1. La prohibición en cabeza de los magistrados, de ordenar que se produzcan las actividades probatorias que no aludan a los hechos controvertidos en el proceso, dejándose de lado, los hechos no afirmados por las partes, y aquellos que fueron afirmados por una de ellas y aceptados explícitamente por la otra. Es por este motivo, que las facultades instructorias de las que gozan los jueces, no tienen como fin eliminar o suplir la tarea probatoria que le concierne a las partes, y que ellas deben desplegar conforme lo que disponen las reglas referentes a la repartición de la carga probatoria, sino, que la acción judicial en el ámbito de la prueba, se caracteriza por ser complementaria, en relación a la carga de los litigantes, y busca limpiar las incertidumbres que afecten la convicción del juez, en aquellas hipotéticas situaciones, en que la prueba que las partes produjeron, no sea lo adecuadamente convincente.

2. Otro límite, es el relativo a la veda de que las facultades instructorias que la legislación adjudica a los magistrados, puedan ejecutarse, para sustituir la inatención de alguna de las partes al momento de producir la prueba, por ellas brindada. Porque en caso de incumplir, se estaría perturbando la igualdad.

3. El último de los límites, requiere que las mencionadas facultades, se ejerzan de conformidad con el derecho de defensa del que gozan los litigantes. En otras palabras, que se brinde a las partes, una justa oportunidad para poder examinar la gestión o el resultado de las medidas probatorias ordenadas por el juez.⁸⁵

Existe un artículo, muy rico para el análisis del tema que nos interesa, en el que Arazi, Berizonce, y Peyrano (opinión a la que nos remitimos, ya que la hemos mencionado en este trabajo) exponen sus opiniones: 1. Arazi, señala que, en materia de

⁸⁴Palacio, Lino (1990). **Derecho procesal civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág.263.

⁸⁵Palacio, Lino (1990). **Derecho procesal civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 268-269.

las cargas dinámicas probatorias, el magistrado debe anteponer los principios básicos del proceso, principalmente, el de igualdad -art. 16 de la Constitución Nacional-, ya que las mismas, acceden a colocar ese peso a una u otra parte -según su posición, para ofrecer prueba sobre el hecho discutido-, de acuerdo con las características de cada caso y sin reglas estáticas. Su propósito es equiparar a quien se encuentra en una situación de desventaja frente a su adversario. Arazi, agrega que, la ley tiene que prever un método para resguardar el derecho de la parte más débil. Asimismo, Roland, destaca que al contar con el aval de la CSJN, por concluir ésta, que las reglas de la carga de la prueba deben valorarse según las características de la cuestión que se encomienda a el fallo del juez: principio que otorga carácter de suprema a la verdad jurídica objetiva, por encima de la exégesis de leyes procesales, para que el “...excesivo rigor formal...” no altere su aclaración y, que, las reglas sobre carga de la prueba, sean estas estáticas o dinámicas, quedan de lado, frente a las obligaciones del juez para “...esclarecer la verdad de los hechos controvertidos” -art. 36, inc. 4 del CPCyCN-, salvo, en casos de notoria diferencia entre las partes o de complicaciones probatorias. 2. Berizonce, en cambio, afirma que la doctrina en marras, se funda en el deber de colaboración de las partes, cuyo objetivo es lograr la tutela judicial eficiente, sosteniendo que la atribución que realiza el juez de cargas probatorias dinámicas, es una flexibilización extraordinaria de las reglas tradicionales del onus probandi, que dispone el art. 377 del CPCyCN.⁸⁶

5- ¿En qué momento, podrá el juez aplicar este criterio? ¿Hay acuerdo de la doctrina respecto de esto?

Para comenzar, nos remitimos a lo que sostenían Eisner y Arazi en la década del 80, quienes consideraban que, en el supuesto de que el juez distribuyera de manera flexible, la carga de la prueba acorde al contexto de cada caso, éste, debía previamente, comunicarlo a las partes, para evitar transgredir el derecho de defensa de aquella que desde un primer momento y en virtud de la ley, estaba eximida de la carga de la prueba en relación a ciertos hechos.

⁸⁶<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

Peyrano, expresó que, conteste al conocimiento de los operadores jurídicos de hoy, sobre las doctrinas e ideas jurisprudenciales respecto al tema en cuestión, ya no podría afirmarse que es inesperada la aplicación judicial de la teoría que distribuye dinámicamente el onus probandi.⁸⁷ A su vez, Sprovieri, con un argumento seguro, afirmó que dicho “...*aviso*...” por parte del juez a los litigantes, de forma previa a la sentencia, era “...*innecesario*...”, “...*peligroso*...” y generalmente, “...*impracticable*...”. A la vez que, creía, de imposible concreción práctica en algunos casos.

Innecesario: en el sentido de que, al tener la recepción que tiene la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, tanto por parte de los doctrinarios, como por parte de la jurisprudencia, nadie debería considerarse sorprendido, si el juez la aplicare de oficio al fallar. Más aún, en los procesos de mala práctica médica o simulación, en los que más comúnmente se aplica. Además, si el principio de colaboración, el cual, está ligado a la teoría mencionada, adquiriera, como se planteó, sustento normativo, el comportamiento imprevisto del magistrado desaparecería. Peligroso: quiénes propenden a la idea de la comunicación previa, alegan que de aplicarse de oficio las cargas probatorias dinámicas, se violaría la defensa en juicio, y seguramente, se produciría la nulidad. La inobservancia del juez, en el momento en que deba anotar -por ejemplo, en la audiencia preliminar- que aplicará dicho criterio, estaría implicando un vicio de procedimiento, que conjuntamente con la violación de la defensa, darían lugar a la nulidad. Entonces, es sencillo ver el peligro que genera el aviso, que, incluso, podría impedir obtener una decisión justa del conflicto, por imponerle a la parte, el cumplimiento de una cautela formal que no es necesaria. E impracticable: ya que, al soportar un mayor peso, aquél que se encuentra en mejores condiciones de probar, sea por disponer de la prueba o por ciertas circunstancias de hecho, no sería equivoco que esos extremos puedan saberse recién al momento de fallar o en caso de suerte, durante la etapa probatoria. De modo que, lo que seguramente suceda es que, los jueces estarían frente a casos en los que no sería necesario realizar el comunicado en la audiencia preliminar, para después, cuando el proceso se encuentre adelantado, darse cuenta del error.

⁸⁷<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&sruid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&> (visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

Arazi, en contraposición a lo anterior, sostuvo que “...*nunca puede ser innecesario reforzar la seguridad jurídica...*”, en cuanto a el peligro, indica que el magistrado en su resolución, va a poder estimar la omisión de aportación de prueba, acorde a lo establecido por el método de la carga dinámica de la prueba. Concluyentemente, se busca fortificar el principio de defensa en juicio hasta el límite. Eduardo Oteiza⁸⁸, está de acuerdo con este pensamiento, y afirma que el magistrado debe prever criterios que posibiliten instalar en las partes, la idea de ofrecer elementos de prueba concernientes a ciertos hechos. Luego, Roberto Berizonce, al examinar el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires (creado por Arazi, Eisner, Kaminker y Morello) también, se mostró a favor del aviso previo, al momento de celebrarse la audiencia preliminar.⁸⁹

Como se advierte de lo expuesto, ut supra, parte de la doctrina, comparte la concepción del deber del juez de anunciar, previamente, a los litigantes que aplicará la teoría respectiva, pero, otro sector disiente con esa idea. Por su lado, el maestro Peyrano, siempre ha recalcado su negativa, en relación a el cumplimiento de dicha comunicación.

Ante todo, debemos recordar que el texto del art. 1735 del CCyCN, establece que, en caso de que el juez distribuya la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, en la parte que se halle en mejor posición de hacerlo, y solo si lo considerare adecuado, -es decir, se entiende que puede o no hacerlo; es una facultad, no un deber-, y si lo hiciere, debe comunicar a las partes que aplicará el criterio de las cargas probatorias dinámicas, durante el proceso, para que las partes puedan ofrecer y producir la/s prueba/s que hagan a su defensa.

De allí, se desprende la interpretación, de que la práctica dela mencionada comunicación, debe ser previa al tiempo de producción de la prueba, porque si no, no tendría sentido lo dispuesto en su último párrafo. Empero, lo que sucede es que, es muy difícil o hasta imposible, que, en ese momento, el juez este apto para ponderar que parte es la que se halla en superiores condiciones para probar, a menos de que se tratare de supuestos modelo, como sería el caso de una pretensión indemnizatoria por una mala práctica médica quirúrgica. Aunque, la mayoría de estos casos de responsabilidad civil,

⁸⁸Es profesor titular en la Universidad de la Plata (2000) y director de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Profundizado de la Universidad Notarial Argentina (2004).

⁸⁹<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

no suelen ser susceptibles de un juzgamiento previo sobre a quién le corresponde la carga de la prueba.⁹⁰

Concluimos en que no existe acuerdo de la doctrina respecto a este tema.⁹¹

6- ¿En qué formato el juez debe comunicar que aplicará este criterio, es de forma oral o por escrito?

La mayoría de los autores que hemos examinado no se han expresado sobre esta cuestión, aunque, Peyrano al cuestionarse sobre en qué momento tendría que producirse el mencionado aviso, analizó también, en que forma debería hacerse, y pensó que el juez podría hacerlo de forma oral, en una audiencia, por ejemplo. En similar sentido piensa Berizonce, quien menciona que el magistrado lo podría hacer en la audiencia preliminar. Aunque, al mismo tiempo, Peyrano hace una crítica, al recordar que, la audiencia preliminar -art. 360 CPCyCN y las normas semejantes de algunos códigos procesales civiles y comerciales provinciales- sería un buen momento, pero ocurre que diversas provincias de Argentina, no cuentan con la figura de la audiencia preliminar, lo que dificulta que siempre se realice en ese momento procesal.

7- ¿Podrá impugnar la parte, sobre la cual el juez imponga la carga de la prueba?

En cuanto a este interrogante, autores como Jorge W. Peyrano, creen que la comunicación, que aquí examinamos, deberá hacerse efectiva por el juez, a través de una resolución judicial, que, seguramente, podrá ser impugnada por todo tipo de prejuizgamientos, y discusiones respecto de si la parte sobre la que se distribuye la carga probatoria, está, efectivamente, en mejor situación de probar. Circunstancias que harán más sencillo que aquellas partes astutas y malvadas, logren su interés de obstaculizar y

⁹⁰<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srquid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&> (visitado el día 04/01/ 2021 a las 18:30 hs.)

⁹¹<https://revistaiusnovum.files.wordpress.com/2017/05/7.pdf> (visitado el día 28/12/2020 a las 18:00 hs.)

dilatar el proceso. Por último, debemos hacernos a la idea de que, posiblemente, el alcance de un auto que influye en la carga de la prueba, de lugar y haga legítimo interponer un recurso de apelación, y en consecuencia de esto, el surgimiento de problemas para la tramitación de la causa⁹².

8- ¿La carga dinámica de la prueba, es constitucional?

De más está decir que, la constitucionalización del derecho, es uno de los argumentos más trascendentales del Código Civil y Comercial de la Nación y, es indiscutible, que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es constitucional, -“... *supera el test de constitucionalidad...*”- por su lógica y justificación axiológica. Además, es un medio imprescindible, para que se puedan ejercer, eficientemente, los derechos y garantías previstos en el sistema jurídico. Al ser el código mencionado, “...*la nueva ley...*”, como se expresa en los argumentos de su proyecto, “...*es un Código de Igualdad...*” en el sentido de que, su objetivo es lograr una “...*igualdad real...*”; porque, no se discute que la doctrina en marras, tiende a lograr la verdad objetiva, presumiendo que los litigantes, se encuentran en disparidad de condiciones para producir cierta prueba.⁹³

Por otro lado, Falcón, señaló que, a pesar de que el legislador utilizara otro método de repartición del onus probandi, diferente del de hoy en día, invirtiendo la carga dinámica de la prueba, eso no daría lugar a pensar que aquel es contrario a la Constitución Nacional, salvo, que el legislador fuera manifiestamente ilógico y colocara a las partes en una situación difícil o de imposibilidad para defender sus derechos. El que el derecho o la ley, altere o modifique las reglas generales de la carga de la prueba, no es motivo para entender que se haya incurrido en determinada “...*situación de excepción...*”.⁹⁴

⁹²<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&> (visitado el día 04/01/ 2021 a las 18:30 hs.)

⁹³<https://cadij.org.ar/wp-content/uploads/2018/08/dra-masci-belen-comision-nro-5.pdf> (visitado el día 18/06/20 a las 21:00 hs.)

⁹⁴Falcón, Enrique (2006). **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 696.

Finalmente, Augusto Morello, sobre el análisis en cuestión, sostuvo que, como ha señalado en sus artículos doctrinarios, tanto en la República Argentina, como en el resto del globo, el cambio de las reglas estáticas de la carga de la prueba, por otras dinámicas, flexibles, que permiten su distribución, se originó, totalmente, “...*praeter legem*...”, lo que significa que fue realizado “...*al margen de la ley*...”, a través de sentencias jurisprudenciales de los más Altos Tribunales que se basaron en garantías y principios constitucionales, y no, contra la ley. –“...*contra legem*...”, como algunos autores alegan.⁹⁵

⁹⁵<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

CAPÍTULO IV

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En este capítulo, traeremos a colación, cuatro fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, -la cual, se ha expedido respecto de la teoría de las cargas probatorias dinámicas⁹⁶, que han marcado un precedente, en la jurisprudencia de nuestro país.

El mencionado precepto legal, ha sido, previamente, objeto de su interpretación judicial, la que determinó su alcance y su significación. Ésta, a su vez, es tomada como una pauta en el futuro, para la resolución de casos similares, en los que mediere identidad de razón⁹⁷.

1.Autos: “Perón, Juan Domingo s/ Bienes mal habidos”

Fecha: 21/06/1957⁹⁸

“...En definitiva, la inviolabilidad de la defensa en juicio sólo exige que el litigante sea oído y que se le dé oportunidad de hacer valer sus derechos de defensa en la forma y con las solemnidades prescriptas por las leyes respectivas, sin perjuicio de lo cual podría agregarse todavía que al declarar que la defensa en juicio es inviolable no quiere la Constitución que haya de tener el acusado libertad para alterar a su capricho las reglas comunes del proceso, sino que su libertad de defensa no sea

⁹⁶Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 516.

⁹⁷Puceiro, Enrique (2007). **Interpretación de la ley**. Buenos Aires, Ed. La Ley. Pág.53-54.

⁹⁸<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 12/11/20 a las 17:30 hs).

trabada hasta el punto de impedirle la prueba de su inocencia o ponerlo en condiciones diferentes con respecto a sus iguales...”.⁹⁹

“...De tal manera, la obligación de Perón en estas actuaciones era probar, no solamente que su título es legítimo, sino también que fue legítima la adquisición de su antecesora, probanza que no ha efectuado, no resultando, en consecuencia, el dominio pleno que la ley quiere...”.

“... ¿En qué ha venido a innovar, pues, el decreto ley 5148/1955? Creo que, en esto, normalmente, nadie está obligado a demostrar que el título de propiedad de los bienes que posee es legítimo; el que lo discute, es quien debe impugnarlo judicialmente, invocando la causal de invalidez que le achaca.¹⁰⁰ Con el decreto ley 5148/1955, la situación se ha invertido. Tenemos ahora un grupo de personas y entidades a quienes se les obliga a demostrar que determinados bienes de que se dicen propietarios han sido adquiridos legítimamente...”.

“...Siendo ello así, ante la comprobación de que un grupo limitado de personas, precisamente los que actuaron como gobernantes o sus allegados durante ese caos, aparecen prima facie enriquecidos desmedidamente como consecuencia del mismo, y ante la imposibilidad de poner remedio a ese hecho por las vías clásicas del derecho, atenta la cantidad innumerable de irregularidades que habría que investigar, cometidas durante años, contando con el poder y cuidando no dejar rastros ¿no está justificado invertir excepcionalmente el orden natural de las cosas y exigir que sean ellos quienes demuestren que no existen los enriquecimientos indebidos que se les atribuyen?...”.

“...Es perfectamente razonable, en efecto, como se señala en el fallo recurrido, que pasado ese estado de caos institucional en que se debatió la República, deban los implicados en aquella presunción general de ilicitud probar el origen de sus bienes, y no imponer al Estado, representante de la colectividad, la obligación de demostrar paso a paso un tortuoso laberinto de maniobras, cuyas huellas materiales han desaparecido muchas veces sin dejar rastros, gracias a la suma del poder público de que disponían sus propios autores...”.

⁹⁹Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: Tomo:125 Folio:14

¹⁰⁰En este sentido. Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Talcahuano 494, Buenos Aires, Ed. Roque Depalma Editor. Pág. 241-242.

“...2) Corresponde tratar ahora lo relativo a la violación de la garantía de defensa en juicio que se la vincula con la inversión de la carga de la prueba que -según se expresa- establecería el decreto ley 5148/1955 Ver Texto:272, etc.). o. Éste determina en el art. 3 que las personas por él alcanzadas podrán justificar el dominio o propiedad de sus bienes y suministrar la prueba necesaria tendiente a acreditar que todo aumento patrimonial producido con posterioridad al 4/6/1943 proviene de alguno o algunos de los medios lícitos -y podría agregarse normales, dentro de nuestro orden jurídico- que enumera...”.

“...No puede afirmarse, tampoco, que con ello se viola el principio de igualdad ante la ley¹⁰¹, por el hecho de que esa prueba se exija sólo a los más notoriamente comprometidos, pues ello también es razonable...”.

“...Surge de lo expuesto que el decreto ley no establece ninguna presunción de ilicitud en orden a los bienes -como si se tratase de una presunción juris tantum- capaz de determinar la inversión en la carga de la prueba. Si el objeto en general que se reconoce a la prueba es la demostración de la verdad de un hecho de cual depende la existencia de un derecho, bien puede decirse que el decreto ley no persigue otra cosa que esa justificación...”.

“...Formamos parte de la masa ciudadana y debemos abstraernos de las pasiones que a todos abarcan y a nadie excluyen...” “...He conseguido formar en lo íntimo de mi conciencia la convicción de que este pronunciamiento es imparcial y justo; primera y fundamental obligación que atañe al juez. ¹⁰²Quien juzga no puede teorizar; la dogmática jurídica se desarrolla en la cátedra y se expone en el libro; cuando se trata de juzgar, hay que hacer, por, sobre todo, justicia, y esa justicia, si el juez es letrado, debe hacerla con arreglo a derecho...”.

“...Que cabe a esto observar que el régimen relativo a la prueba no es de origen constitucional, sino meramente legal; la Constitución nada prescribe a su respecto, de suerte que no puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad el sistema adoptado en un caso dado por el legislador, a menos que él fuera claramente irrazonable y pusiera a los interesados en imposibilidad o en grave dificultad de

¹⁰¹En este sentido. Arazi, Roland. **Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires**, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 183

¹⁰²En este sentido. <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 12/11/20 a las 19:00 hs.)

defender sus derechos. Pero la sola circunstancia de que la ley o el decreto invierta la carga de la prueba, no es suficiente para considerar que se halla configurada alguna de estas situaciones de excepción. No existen reglas que prescriban de una manera absoluta o, siquiera, terminante, el régimen concerniente al onus probandi; ninguno de los aforismos tradicionales -vgr., ei incumbit probatio qui dicit non qui negat; o necessitas probandi incumbit ei qui agit; etc.- y ninguna de las construcciones de la doctrina tienen otro valor que el de meras indicaciones generales, que no excluyen en cada tipo de relaciones jurídicas un examen y, a veces, una legislación particular. Los códigos de fondo y las leyes de procedimientos no se atienen exclusivamente a aquellos aforismos y doctrinas, sino que reglamentan la carga de la prueba con especial consideración de las circunstancias de hecho y de la índole de las relaciones jurídicas correspondientes... ”.

“...Son las circunstancias mismas, y la naturaleza de las cosas -que toda legislación seria debe respetar en primer término- las que exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento, no el Estado la de la ilegitimidad; ¹⁰³es aquél el que está en las mejores condiciones para suministrar esa prueba, en tanto que para éste existiría, sino una imposibilidad, una grave dificultad evidente... ”. ¹⁰⁴

De los fragmentos expuestos, previamente, se desprenden varios temas -tales como, la inviolabilidad de la defensa en juicio, previsto en el art.18 de la C.N.; el principio de igualdad, previsto por el art. 16 de la C.N.; la verdad objetiva; y la sana crítica: sistema de valoración de las pruebas, vigente hoy en día, en nuestro país-, que guardan estrecha relación con la teoría que aquí nos interesa, es decir, con la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

En adelante, analizaremos lo relativo a la inviolabilidad de defensa en juicio, la cual, está vinculada con el derecho del debido proceso legal. Como sabemos, por lo común, cada Estado cuenta con una Constitución, que es la ley superior de ese país.

¹⁰³<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>(visitado el día 12/11/20 a las 18:00 hs.)

¹⁰⁴<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600000175bdd4ee6536c5b90e&docguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&hitguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&tocguid=&spos=380&epos=380&td=384&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=254&crumb-action=append&>(visitado el día 11/11/20 a las 18:00 hs.)

Y éstas, revisten un carácter de supremacía, comprenden distintos principios y valores, que regulan todas sus instituciones, y debido a este carácter que presentan, deben ser respetadas por las demás leyes, aquellas que son consideradas inferiores, en cuanto a la jerarquía jurídica aplicable. De más está decir, que no pueden contradecir a las disposiciones de dichas Constituciones.

Llegados a este punto, el concepto de inviolabilidad, se encuentra explícitamente reconocido por la Constitución Nacional, en su artículo 18, el cual reza: “...*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...*”, se entiende que es la garantía constitucional más amplia. Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, la denominan como “...*defensa en juicio...*” o “...*debido proceso...*”.¹⁰⁵

Podemos decir, que el debido proceso, refiere a que, toda persona debe tener la posibilidad de ejercer sus derechos. Es decir, a ningún justiciable, se le puede limitar o impedir un derecho, y en caso de que, éste, se vea envuelto dentro de un litigio, tiene derecho a ser sometido a un procedimiento, de conformidad con lo que prevea la ley, - sin importar, cuál sea el conflicto en cuestión- y de no existir una ley que lo prevea, será el juez de la causa, quien deberá establecerlo.

Además, ese procedimiento, al cual, es sometido, debe ser el debido, y no cualquiera. Si nos preguntamos, cuál sería el procedimiento debido, debemos saber que, será aquel, en el cuál, se le permita participar de forma oportuna, y generar una utilidad.

Dicha participación, significa, que el justiciable tenga conocimiento del proceso, de cada una de las etapas, de los actos que comprenden el mismo, y obviamente, que pueda ofrecer y producir pruebas que hagan a su derecho, poder ser oído en una audiencia, etcétera.¹⁰⁶

En definitiva, la garantía de la defensa en juicio, alude a varios derechos esenciales, tales como; el derecho de acción: el cuál, refiere a el acceso a la justicia, que brinda un procedimiento, junto con un juez (o tribunal), quién se encargará de tramitarlo.

¹⁰⁵<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 12/11/20 a las 19:30 hs.)

¹⁰⁶En este sentido. Gozaíni, Osvaldo. (2004). ***Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso***. Ed. Rubinzal-Culzoni. Pág. 22-25.

Esto, significa otro derecho; el de la jurisdicción, y si tenemos en cuenta, su concepto en sentido amplio, comprende, además, los siguientes derechos: el derecho a tener un abogado que lo represente; justamente, en sus derechos y en sus intereses; el derecho a ser escuchado dentro de un proceso, que sea ágil, sin dificultades, sin dilataciones, y que sea justo; el derecho a que el proceso al cual es sometido, comprenda todas las garantías que hacen a la imparcialidad y a la justicia; el derecho a producir pruebas y a impugnar la sentencia por medio de los recursos correspondientes; el derecho a que la sentencia sea fundada; y el derecho a que se ejecute, inmediatamente, lo decidido.¹⁰⁷

En este caso, era Perón, a través de su letrado apoderado, quién alegaba que se había violado su derecho a la defensa en juicio, o, dicho de otro modo, alegaba que se había vulnerado la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio, por no haberse respetado el principio general en materia probatoria, -el cual, consiste en que, quien afirme la existencia de un hecho controvertido, debe probarlo, la famosa frase, “...*el que alega, prueba...*”-, y haberse invertido la carga de la prueba.

También, el fallo en cuestión, trata sobre la teoría de las cargas dinámicas de la prueba; a lo largo del mismo, se hace hincapié en que se ha invertido el onus probandi.

En este orden de ideas, no era el Estado argentino, quien debía probar el hecho de que el sr. Perón habría obtenido bienes durante su presidencia, de una forma ilícita, sino, que era este último, quien tenía la carga de probar. Debía acreditar, que no se había configurado un enriquecimiento indebido, respecto de los bienes, sobre los que manifestaba ser propietario, para que no sea desapoderado de los mismos.

2- Autos: “Pinheiro¹⁰⁸, Ana María y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”

Fecha: 10/12/1997

¹⁰⁷<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 12/11/20 a las 18:30 hs.)

¹⁰⁸<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Giannini-Leandro-J.-II.pdf> (visitado el día 13/11/20 a las 20:00 hs.)

“...4- Siendo que en los casos de mala praxis médica se trata generalmente de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo, cuales son los médicos o entidad hospitalaria, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso...”.

“...6º) Que, para determinar la eventual responsabilidad de la demandada, el a quo tampoco tuvo en cuenta los dichos de una obstetra que había sido testigo presencial de etapas relevantes del proceso de parto y que había dado una versión de los hechos que agregaba datos que habían sido omitidos en las conclusiones del dictamen médico, a raíz de la falta de los mencionados elementos de la historia clínica...”.

“...16) Que este planteo es independiente, y se encuentra diferenciado, de la eventual responsabilidad directa de los médicos frente a la paciente por las culpas en que pueden incurrir por su intervención profesional...”.

*“...19) Que en el tema de mala praxis médica debe acatarse -en principio- el antiguo aforismo procesal onus probandi incumbit actore, así como que le son aplicables las normas de la culpa subjetiva. No obstante, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de "la carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" que hace recaer en que quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (médicos o entidad hospitalaria, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso) ...”.*¹⁰⁹

“...7º) Que, asimismo, la alzada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad que le cabía a la demandada en el orden de las cargas probatorias por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que la desaparición de esas pruebas –cuya custodia incumbía al nosocomio demandado- no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que ésta se

¹⁰⁹Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez. Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715.

*encontraba al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlínico demandado... ”.*¹¹⁰

“...En síntesis, se abandonan los preceptos rígidos para perseguir la resolución justa -según las circunstancias fácticas- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis. Dicho de otra manera, ambas partes tienen la obligación de aportar sus pruebas tendientes a que el juzgador pueda desentrañar mejor la verdad objetiva, más allá de la meramente formal... ”.

“...8º) Que, por consiguiente, la interpretación de la prueba realizada en la sentencia se ha limitado a un análisis aislado de los diversos elementos de juicio obrantes en la causa, pero sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto, circunstancia que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios (Fallos: 310:1793 y causa H.20.XXVIII "Herrera, Faustino c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles", del 26 de marzo de 1996) ... ”.

*“...Asimismo, que esta desigualdad de las partes en el proceso, ha llevado a la doctrina a otorgarle suma importancia a las presunciones judiciales –praesumptio hominis-... ”.*¹¹¹

Antes de comenzar con el análisis del fallo, resulta oportuno decir, que, aquí, también, se ven comprometidos, temas como: el principio de colaboración; la verdad objetiva; el factor de atribución de la responsabilidad subjetiva -la culpa-; la sana crítica, y el principio de igualdad.

Cabe mencionar, que el fallo “Pinheiro”, es un fallo muy conocido. En el cuál, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, desestima una demanda de mala praxis médica, ante la inexistencia de pruebas respecto de la negligencia del médico.

¹¹⁰ *Suscriben los Jueces Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert.*

¹¹¹ <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc500000175bd69d0220390bc7c&docguid=i14BD26B6145E44DC88F8C9A37B3B3B17&hitguid=i14BD26B6145E44DC88F8C9A37B3B3B17&tocguid=&spos=18&epos=18&td=20&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=69&crumb-action=append&fromSH=true> (visitado el día 13/11/20 a las 18:00 hs.)

Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹², revisó el pronunciamiento, y entendió que ésta, había sido arbitraria por no haber examinado la integridad de la historia clínica, la cual, había sido adulterada, contenía falsificaciones, incluso, se había hecho desaparecer pruebas conducentes para la resolución del caso, y se había omitido dejar constancia de hechos relevantes sobre el acto quirúrgico.

Aquí, de igual manera, el fallo expresa a todas luces, la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba; se dijo que, se mezclaron caracteres relativos al onus probandi, con la negativa del demandado en aportar todas las pruebas correspondientes, que estaban en su poder, para lograr el esclarecimiento de los hechos.

Por consiguiente, debemos decir, que la mencionada teoría, consiste, básicamente, en la inversión de la carga de la prueba. Ahora, ya no está en cabeza del actor o accionante, la carga de probar los hechos controvertidos que alega, por el contrario; es el demandado, quien, deberá probar que no ha tenido responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

La teoría dinámica, en principio, solo es operativa en aquellos casos, en donde se impute un factor de atribución subjetivo y dentro del mismo, se mencione, exclusivamente, la culpa -omitiéndose el dolo y la mala fe- porque, se entiende que, los médicos o la entidad hospitalaria por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso, deben probar su inocencia.

Tanto en el fallo “Pinheiro”,¹¹³ como en “Perón”, en “Plá”, y en “G., A. N”, los demandados no aportaron pruebas que demuestren la verdad de los hechos, sino, que en algunos, como en este último, se niegan a aportarlas, o como en el resto, lo hacen de forma defectuosa, procurando esconderse detrás de un velo. Cabe decir, que esta conducta negativa, los perjudica a ellos, y, también a los actores, quiénes, no es que tengan mala voluntad de aportar prueba, o simplemente prefieren dejarle ese trabajo a la otra parte, sino, que se encuentran imposibilitados de hacerlo.

Se debe destacar, más aún, cuando se trata de un caso de mala praxis, -esto es, cuando se pone en tela de juicio, la responsabilidad del profesional, por haber actuado

¹¹²Por mayoría, dejó sin efecto la sentencia, y mandó dictar un nuevo pronunciamiento.

¹¹³<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 13/11/20 a las 18:30 hs.)

con negligencia-, en el que, el damnificado, el actor de la acción, no cuenta con pruebas sobre la responsabilidad de la otra parte.

Es difícil para la víctima, acreditar la culpa del agente, es por eso que se atribuye la carga de la prueba al profesional, al médico, quien tiene en su poder, la prueba que hace a su defensa. Frente a estos obstáculos, es que ha cobrado gran relevancia, tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina nacional, la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Se la llama dinámica, porque es el juez quien decide, cuál de las partes, puede producir más fácilmente, la prueba en cada caso.

Esto quiere decir, que a la víctima le es muy dificultoso o hasta imposible poder acreditar la responsabilidad del profesional, y a su vez, a éste le es más fácil probar su inocencia, hasta incluso, más económico hacerlo, por considerarse que las tiene en su poder o tiene un fácil acceso a ellas.

En consecuencia, y como se ha dicho, en este tipo de situaciones, extremas, de muy difícil comprobación, es que, tiene vital relevancia la doctrina de la “...*prueba compartida*...”, prevista en el art. 1735 de nuestro Código Civil y Comercial¹¹⁴, en virtud del cual, se hace recaer la prueba, en quien se encuentra en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva. Y en este caso, el deber de hacerlo, es de los médicos o de la entidad hospitalaria, por tener el conocimiento técnico de la operación, o acto quirúrgico realizado a la paciente. Claro está, por haber sido quién, en primera persona, intervino en forma directa, en el hecho dañoso.

Sus conductas, no pueden significar un menoscabo para el paciente, por encontrarse éste, en una situación de inferioridad, al no poder ofrecer las pruebas que hagan a su derecho. Es por ello que, se modifica, aquí, la regla general en materia probatoria: *onus probandi incumbit actore* y es la parte demandada, la que tiene la obligación de colaborar en el proceso, para esclarecer los hechos.

Resumiendo lo planteado, se entiende que, en virtud de la teoría de las cargas dinámicas, ambas partes deben colaborar para llegar a la verdad objetiva, y quién juzgue, debe tener presente las reglas de la sana crítica, al valorar las pruebas.

¹¹⁴No 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.

3-Autos: “Plá, Silvio R. y otros v. Clínica Bazterrica S.A. y otros”.¹¹⁵

Fecha: 04/09/2001

“...Agrega que el fallo es tendencioso y discriminatorio, con exigencias probatorias reñidas con los criterios actuales de distribución de las cargas, en procesos de responsabilidad médica, agravando el principio de justicia, y sus derechos de igualdad ante la ley y de propiedad, así como la garantía de la defensa en juicio...”.

“...Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el carácter incompleto y por tanto irregular de una historia clínica, constituye presunción en contra de una pretensión eximitoria de la responsabilidad médica, pues de otro modo el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias ...”.

*“...También se ha destacado la trascendencia de la historia clínica como elemento valioso en los juicios que se debate la responsabilidad del galeno o del nosocomio, cuyas imprecisiones y omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, atendiendo a la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora de los hechos que a aquéllos les incumbe (conf. Gherzi, Carlos A. "Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial", Hammurabi Bs. As., 1987, 2da, Edición, ps. 49/53; 55 y ss.) ...”.*¹¹⁶

“...Expresa en particular, que la sentencia contiene una decisión apoyada en estimaciones conjeturales y creencias íntimas, sustituyendo el sistema de la sana crítica por el de las libres convicciones...”.

“...Así lo pienso por cuanto la sentencia impugnada contiene en ese sentido defectos que la descalifican, ya que incurren en exceso formal manifiesto cuando expresa que la actora no ha logrado acreditar los extremos que invocó en su demanda; se apoya en conclusiones subjetivas sin sustento fáctico o jurídico, que no se condicen con las constancias probatorias, de las que emanan presunciones respecto a la posible responsabilidad del establecimiento y del cuerpo médico y asistencial sobre las

¹¹⁵Fallos: Tomo: 324 Folio: 2689.

¹¹⁶Voto de los jueces Carlos Fayt y Adolfo R. Vázquez. Fallos: Tomo:322 Folio:726.

consecuencias dañosas sufridas por los actores; incurre en flagrante contradicción en la apreciación de pruebas y en las conclusiones que derivan de ello, que por tal razón devienen arbitrarias...”.¹¹⁷

“...Pone de resalto que otra simplificación es concluir que no habiendo la actora probado la culpa del médico o la obstétrica, no hay responsabilidad de las sociedades comerciales demandadas, ni de la obra social, cuando el sistema moderno de responsabilidad civil, se asienta en la premisa teleológica de ser un instrumento de reparación, siendo la función esencial la indemnización de los daños injustos, lo que pasa por analizar si el sistema ha prestado el servicio en forma acorde a los criterios exigibles en orden a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, y un acto fallido en cualquiera de las partes del sistema en la medida que pueda incidir en el restablecimiento de la paciente, demorándolo, frustrándolo o tornándolo más difícil, riesgoso o doloroso, compromete la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema o su contralor...”

“...Concluye, que de ello se desprende claramente que se ha privado a la parte actora de la prueba que hace presumir la culpa de la institución y de las personas responsables de llevar la historia clínica...”

“...que una prueba sustancial en casos de mala praxis, es la constancia documental que emana de la historia clínica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de un litigio de esta índole, desde que se ha dicho que es un medio de prueba que permite observar la evolución médica del paciente, calificar los actos médicos realizados, conforme a estándares y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño (Fallos: 322:726, voto de los jueces Carlos Fayt y Adolfo R. Vázquez) y tal prueba aparece en el caso cuestionada por la actora, quien ha alegado su falsedad ideológica, al afirmar la sustitución de su contenido efectuado por la demandada y su no correspondencia con la verdad objetiva...”

“...que en materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto

¹¹⁷En este sentido. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Giannini-Leandro-J.-II.pdf> (visitado el día 14/11/20 a las 18:00 hs.)

de "la carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", ¹¹⁸que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo...".¹¹⁹

En este tercer fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejó sin efecto una sentencia de la Cámara, que había desestimado una demanda de mala práctica médica, por inexistencia de pruebas acerca de la negligencia profesional. Ésta, estimó que la decisión de la Cámara, devenía en arbitraria, por desechar, u olvidar la influencia que tuvieron en el caso, las alteraciones en un documento, que vendría a ser, una de las pruebas más determinantes para la solución del conflicto: la historia clínica, la cual fue, pertinentemente creada por los médicos accionados.

Aquí, como en los fallos que analizamos previamente, nos encontramos frente a presunciones de ocultamiento, deformación o malinterpretación de los elementos probatorios.

Por otra parte, al argumentar la decisión, tanto el Procurador General, como la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalaron diversos indicios que se desprendían del comportamiento del demandado, el cual, era contrario a lo establecido por el principio procesal de cooperación entre las partes¹²⁰, y al respecto, aplicaron la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Además, de lo que surge, en los primeros, cuatro fragmentos, tomados del fallo "Plá", se puede notar, la presencia e importancia de principios tales como; el principio de justicia; el principio de igualdad; el principio referido a garantía de la defensa en juicio, y el principio de colaboración de las partes.

Conocidos, éstos, como principios generales del derecho, enunciados normativos, que forman parte del ordenamiento jurídico, y sirven de fundamento a otros enunciados normativos.

Nos ocuparemos, aquí, de analizarlos, porque como dijimos en párrafos anteriores, son principios que rigen en materia de las cargas probatorias dinámicas.

¹¹⁸Voto del juez Adolfo R. Vázquez. Fallos: Tomo:320 Folio:2715.

¹¹⁹<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b00000175be0d8c7d2c3bb69f&docguid=i5ECE6105CDF24C0FA5C0F1572798F43C&hitguid=i5ECE6105CDF24C0FA5C0F1572798F43C&tocguid=&spos=1&epos=1&td=3&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&>
(visitado el día 14/11/20 a las 18:40 hs.)

¹²⁰http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf
(visitado el día 14/11/20, 19:00hs.)

En este orden, podemos definir al principio de justicia, en el ámbito del proceso civil, desde dos puntos de vista:

Por un lado, se dice que hay una extensión en la legitimización activa, debido a que, el sistema de la administración de la justicia, es accesible a todos los justiciables por igual. Por otro lado, se entiende que la justicia, debe generar efectos, que sean justos, sin perjuicio de que, estos sean individuales o sociales, que se concretan en una justicia “...protectora...” o “...de acompañamiento...”, en litigios, en los que son parte, personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, quiénes, por motivos de edad, estado físico o mental, género, o por condiciones sociales, económicas, étnicas y/o culturales, tienen dificultades para ejercer íntegramente, ante el poder judicial, los derechos que establece el ordenamiento jurídico.

Dicha “...justicia protectora...” tiene el objeto de crear un proceso civil, en el cuál, la parte más vulnerable, que tiene recursos menores, en relación a los que tienen sus contrarios, pueda situarse en un lugar, donde quede equilibrada, donde cuente con un pie de igualdad tanto material, como formal.

Así, podemos percatarnos de que, este principio de justicia, alude al principio de igualdad. Y en este sentido, se dice que la igualdad, refiere a tener las mismas posibilidades y oportunidades reales, ante la ley, lo que significaría, igualdad ante la vida, por ello, es más que importante, que el Estado de Justicia, sea un Estado de Derecho.¹²¹

Dado que, “...así como no hay paz social sin justicia, no existe justicia sin igualdad...”.¹²²

De manera que, el principio de igualdad, que ya hemos mencionado, ut supra, y que también, lo hemos desarrollado en el capítulo II de esta tesis, (Ver pág.41) alude, en otras palabras, a que todas las personas, reciban justa igualdad de posibilidades, al ejercer su derecho de acción y de defensa. En este contexto, que no puede permitirse a unos lo que le les impide a otros.

¹²¹<http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-principios-rigen-justicia-protectora-acompanamiento-dacf190133-2019/123456789-0abc-defg3310-91fcanirtcod?&o=191&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20constitucional%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=2606> (visitado el día 14/11/20, 21:00 hs.)

¹²²Morello, Augusto (2001). *Al final de una época*. La Plata, Ed. Platense. Pág. 45.

Luego, el principio de la defensa en juicio, que ya hemos estudiado en el fallo de “Perón”, y que vuelve a ponerse de relieve en este fallo, con la diferencia de que, en este caso, sí, se vulneró este principio con el fallo de la Cámara; al impedir a la actora y víctima, ejercer su derecho de defensa -a través de la colaboración y aportación de pruebas de la contraparte-, al carecer ésta, de pruebas que demuestren la responsabilidad del galeno, de la auxiliar obstétrica de guardia que la atendió en su parto, de la clínica Bazterrica, y de los demás responsables.

Es decir, por encontrarse en una situación de inferioridad; ante la dificultad o imposibilidad de demostrar sus afirmaciones, para así, poder esclarecer los hechos. De ahí, la obligación impuesta a la otra parte, de colaborar en la prueba, que, a ésta, le incumbe.

Cabe destacar, que, por la naturaleza de los hechos de este fallo, se requiere de una interpretación distinta, respecto a quién tiene la carga procesal de la prueba, es por ello, que se aplica la teoría en marras.

Para sintetizar, el concepto del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio, podemos decir, que refiere al derecho y garantía constitucional, que protege a toda persona ante un proceso, y le da la posibilidad de ser oído y de ofrecer todos los medios probatorios, que funden su defensa.

Por último, en cuanto, al principio de colaboración de las partes en el proceso civil, si bien, ya lo hemos analizado en el capítulo II de este trabajo, (Ver pág. 39), es importante mencionar que, es uno de los más destacados en materia de las cargas probatorias dinámicas, por configurar una flexibilización del principio general de la carga probatoria, esto es, que aquél que demande a otra parte, por un hecho controvertido, debe probarlo. Y al flexibilizarse, la carga se distribuye y se asigna a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo.¹²³

Entendiéndolo de esta forma, llegamos a la conclusión de que, son ambas partes, incluso terceros, los que deben ayudar, ofreciendo pruebas al proceso, para poder llegar a la verdad objetiva.¹²⁴

¹²³<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 15/11/20, 18:50 hs.)

¹²⁴http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf (visitado el día 15/11/20 a las 19:00hs.)

4-Autos: “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”.

Fecha: 15/03/2016

“...1- Es arbitrario desestimar los recursos extraordinarios locales interpuestos contra el rechazo de la demanda de filiación entablada contra el interno de una institución psiquiátrica que habría violado a la hija de la reclamante allí alojada, dejándola embarazada, pues resulta reprochable la valoración de la negativa de demandado a la realización del estudio biológico y la no comparecencia al proceso; el Tribunal Superior no pudo desconocer la teoría de las cargas probatorias, que jugaba aquí un papel fundamental, pues las opciones estaban acotadas por el escenario aislado en el que se habrían desarrollado los hechos y por la ínfima posibilidad de reconstruir el hecho dada la incapacidad de la víctima...”.

“...9º) Que, asimismo, resulta reprochable la valoración que el superior tribunal efectuó de la conducta adoptada por el demandado quien desde un principio se escudó en la negativa frente al relato de la actora y en el rechazo a la realización del estudio biológico, sin proporcionar ninguna aclaración sobre la conducta que se le atribuía, dar su propia versión de lo acontecido ni comparecer personalmente al proceso a los fines desvirtuar el hecho que se le imputaba. No pudo desconocerse que la teoría de las cargas probatorias jugaba aquí un papel fundamental, pues las opciones probatorias estaban acotadas por el escenario aislado en el que se habrían desarrollado los hechos y por la ínfima posibilidad de la actora para reconstruir el hecho dadas las características personales de la presunta víctima...”.

“...También debió estudiar la disparidad de medios respecto del demandado, a quien le bastaría con realizarse el estudio genético para excluir su paternidad en manera concluyente, y que se habría constituido así en el árbitro del litigio, con sólo asumir una actitud prescindente, cancelando la única chance de prueba certera...”.

“...3º) Que aun cuando es criterio reiterado que las discrepancias de los apelantes con el criterio de selección y apreciación de las pruebas no autorizan a la Corte a sustituir a los jueces de la causa en las decisiones que por su naturaleza les son privativas, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, se sustenta en motivos eminentemente formales y prescinde del

*examen de elementos de prueba conducentes y cuyo tratamiento fuere potencialmente relevante para modificar el sentido de la decisión adoptada, todo lo cual conduce a frustrar el esclarecimiento de los sucesos investigados y vulnera el derecho del debido proceso) ... ”.*¹²⁵

“...4º) Que asimismo, en lo atinente a las reglas que rigen la carga de la prueba esta Corte también ha admitido que ellas deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (Fallos: 319:1577; 324:4123; 325:2713; 324:115, entre otros)...”.

*“...8º) Que en tales condiciones, si bien es cierto que los jueces de la causa no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino solamente aquellas que estimen apropiadas para fundar sus conclusiones, cabe apartarse de dicho principio cuando se efectúa un examen parcial o fragmentario o se excluye un elemento oportunamente introducido en el juicio y que debió ser considerado desde que aparecía conducente para la dilucidación del pleito (conf. Fallos: 310:2236). Tal situación se configuró en el caso, pues resulta objetable la decisión apelada que priorizó unos datos y excluyó otros que podrían adquirir igual o mayor relevancia para dirimir el conflicto, sin dar una explicación aceptable respecto de los motivos de esa selección...”.*¹²⁶

Previo, a desarrollar el análisis de este último fallo, cabe advertir, nuevamente, la presencia de temas, tales como: el debido proceso, la verdad jurídica objetiva y la sana crítica, los cuales, se encuentran ligados, estrechamente, con la teoría de las cargas dinámicas probatorias.

Para finalizar con este capítulo, nos pareció importante, agregar este último fallo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”, por

¹²⁵Fallos: Tomo:301 Folio:559; Tomo:302 Folio:468; Tomo:307 Folio:511; Tomo:308 Folio:226; Tomo: 315 Folio:113, entre muchos otros.

¹²⁶<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600000175bdc7b9161a15a8c&docguid=i3F488167186AD11ADE340645EB4D7D02&hitguid=i3F488167186AD11ADE340645EB4D7D02&tocguid=&spos=249&epos=249&td=1943&ao=i0ADFA8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=145&crumb-action=append&> (visitado el día 15/11/20, 17:00 hs.)

ser más reciente en el tiempo, que lo mencionados en párrafos anteriores, y para demostrar que la teoría en cuestión, no solo se aplica en casos de mala práctica médica.

El mismo, trata sobre una demanda interpuesta por la abuela de una menor, respecto de la cual, se solicita la filiación. La madre de la niña, era una mujer con problemas mentales, quién se encontraba internada en un hospital psiquiátrico, allí, fue abusada sexualmente por un interno, con quién compartía la habitación; como producto del mismo, quedó embarazada, y dio a luz a la menor R.A.V.

Debo decir, que el fallo en cuestión, me ha llamado la atención, por quedar en evidencia la conducta de los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quiénes no ponderaron los hechos del caso, y se limitaron a desestimar la demanda. En este sentido, no siempre, frente a determinadas situaciones, en las cuáles la prueba es muy dificultosa o casi imposible de obtener, los jueces aplican la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

En otras palabras, luego de varios años del surgimiento de dicho criterio, aún en algunos casos, pareciera pasar como desapercibida. Como sucedió, en los casos planteados, que luego, fueron rectificadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Aquí, podemos notar que juega un rol fundamental el juez, quién tiene la potestad; por su carácter de magistrado, de decidir en qué casos distribuirá la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida. Es él, quien deberá determinar si es conveniente aplicar dicho criterio al caso en particular, ya que, solo es operativo, en aquellos casos, en dónde se impute un factor de atribución subjetivo y más exclusivamente, cuando se trate de un caso de culpa. De ahí, la importancia de la sana crítica, el sistema de valoración de la prueba, vigente en nuestro país, que regula la conducta de los jueces. Dicho sistema, se diferencia del sistema llamado legal o tasado, en virtud del cual, la ley indica por anticipado, el valor o grado de eficacia de cada medio probatorio, y el juez no tiene la libertad de apreciación de las pruebas, sino que, ante determinada prueba, debe atribuir el valor que indica la ley.

Se diferencia, también, del sistema llamado de libre convicción, en virtud del cual, el juez, tiene absoluta libertad para valorar los medios probatorios. Podrá apartarse de aquellas pruebas, que considere superfluas o innecesarias, y podrá dictar sentencia conforme dicte su conciencia o libre convicción. Asimismo, no se le exige al juez que

expresé las razones por las cuáles, concede o no, la eficacia a una prueba, solo valoraré las que hagan a su convicción. Entonces, el sistema de la sana crítica, podría decirse que, es una categoría intermedia entre el sistema de la prueba legal y el de la libre convicción.

En virtud del sistema actual, los jueces tienen cierta libertad para valorar las pruebas que ofrezcan y produzcan las partes, pero tienen el deber de hacerlo analizándolas, conforme a las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia, y según, el buen sentido y entendimiento humano.¹²⁷ Cabe destacar que, el magistrado, debe dictar sentencia y expresar las razones por las que, concede la eficacia probatoria, de aquellas, que hagan a su convicción. Y aquí, nos detendremos, a analizar este deber, ya que, en todos los casos planteados, los jueces han fallado de forma arbitraria, es decir, en contra de lo establecido por la ley.

Por no haber ponderado, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, en casos, que contaban con circunstancias que, son los presupuestos que indican su aplicación. Impidiendo, de esta forma, que aquellos justiciables, cuyos derechos habían sido vulnerados, o cuando, fueran ellos mismos, personas vulnerables y, por ende, al estar en una situación de inferioridad, que puedan hacerlos valer, o tener el amparo de la justicia a su favor.

Como, por ejemplo, en el fallo “G., A. N”,¹²⁸ los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ponderaron las características personales de la presunta víctima, y se limitaron a rechazar la demanda de filiación interpuesta por su madre, alegando que no contaba con pruebas que demuestren la responsabilidad del imputado, y que él, no tenía antecedentes de realizar ese tipo de delitos, que era una persona inválida y que en ningún sentido, podría haber perpetrado el hecho, siendo que éste, compartía la misma habitación, donde se encontraba alojada la víctima.

Además, no tuvieron en cuenta, que el demandado, no brindó ninguna aclaración sobre la conducta que se le atribuía, y tampoco, manifestó su propia versión de lo sucedido, solo se negó a realizarse el ADN, violando el principio de economía procesal, y dilatando el proceso.

¹²⁷<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 17/11/20 a las 17:00 hs.)

¹²⁸<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Giannini-Leandro-J.-II.pdf> (visitado el día 20/11/20 a las 19:00 hs.)

Por último, los jueces no evaluaron la disparidad de medios probatorios existente entre las partes, y que, si el demandado se realizara el estudio genético, excluiría su paternidad, y daría solución al litigio, pero, al negarse, impidió que se produzca la única prueba certera, que no da lugar a dudas, sobre los hechos controvertidos en el proceso.

Para concluir, de lo expuesto, se desprende, a todas luces, que los jueces de las cámaras, y los de la Suprema Corte, al fallar de la forma que lo hicieron, faltaron a su deber de sentenciar conforme a derecho vigente, ponderando, especialmente, las circunstancias del caso, y argumentando de forma arbitraria sus decisiones. De esta manera, solo vulneraron los derechos de la parte perjudicada, y no cumplieron con su único fin, que es obtener la verdad objetiva.

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO

“...La carga de la prueba en algunos países de Iberoamérica...”

1-Colombia:

Conforme a lo que afirma el autor Ramírez, el Código General del Proceso al igual, que el Código Procesal Civil del año 1970, mantuvo la regla en virtud de la cual, los litigantes deben acreditar el supuesto de hecho de la norma, cuyo efecto jurídico ellos pretenden. Éstos, son los requisitos del onus probandi, aunque su exégesis ha cambiado desde el siglo XX hasta la actualidad. En un comienzo, la interpretación de dicha regla, era de un punto de vista “...fuerte...”, así, Lessona en el 2001 aseveró que: *“...No importa que la prueba pueda ser fácil para el demandado y difícil para el actor; si el hecho que se ha de probar constituye un extremo de la acción, deberá probarlo el actor y no el demandado. Lo mismo cabe decir para aquella hipótesis en la que la prueba sea imposible para el actor y posible para el demandado o a la inversa; la imposibilidad no priva del deber de la prueba...”*.

Más tarde, la jurisprudencia, tiende a una flexibilización interpretativa, ponderando criterios tales como: la facilidad, y la verdad en el proceso. La postura de la Corte Constitucional colombiana, es la siguiente: *“...La carga demostrativa que se hace descansar a hombros de los contendientes, sirve para abastecer al proceso de la mayor cantidad posible de trazas históricas, útiles al propósito de reconstruir los hechos debatidos, es decir, para hallar la verdad como correspondencia entre los enunciados que se hacen acerca de la realidad y la realidad misma. Como la actividad de las partes en el proceso es de suyo competitiva, el juez usualmente tendrá entonces dos visiones inconciliables que se neutralizan pero que a la vez contribuyen al esclarecimiento de los hechos...”*. (Corte Constitucional, Sentencia T-733, 2013)

En otras palabras, el actor acredita el hecho que afirma, el demandado está sometido a las inversiones que prevé la legislación, cuando trae hechos nuevos o niega, y el juez, tiene que aplicarlos efectos procesales perjudiciales, para la parte que no se interesó por cumplir con la prueba. En concordancia con esta regla, la Corte Constitucional en la Sentencia T 733 del 2013, precisó que la carga de la prueba, es un instrumento procesal, que posibilita que, los litigantes ofrezcan prueba para confirmar los hechos que afirmó el actor o las excepciones que invocó el demandado. Taruffo, por su parte, manifestó que, el magistrado hará responsable de la omisión de la prueba a quien tenía la carga de hacerlo, y, tiene consideración con la otra parte, quien, sí exhibió su prueba. Por último, con la sanción del Código General del Proceso, Colombia adopta la regla de la carga de la prueba, y la teoría de las cargas dinámicas, conjuntamente en su art. 167,¹²⁹ -carga de la prueba-, el cual reza: “.... *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. 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. La parte se considerará 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, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. 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...*”. Con esta norma, se manifiesta la flexibilización, dejándose de lado el criterio clásico, en virtud el cual, se extienden los poderes del magistrado.

Respecto a la carga dinámica o también llamada “...*tendencia aligerante del onus probandi...*”, etc., existen diversas evaluaciones:

1.La carga dinámica de la prueba y la inversión de la carga de la prueba:

Del art. 167 del CGP y en oposición a la interpretación de los casos jurisprudenciales en Colombia, sobre el término “...*carga dinámica de la prueba...*”, previo al CGP y con el

¹²⁹<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7546498.pdf> (visitado el 06/01/2021 a las 10:00 hs.)

nombre de “...inversión de la carga de la prueba...” se desarrolló la teoría, que consiste en que, la parte a la que le es más sencillo probar un hecho determinado, debe hacerlo, y no, quien lo invocó. Esto sucede, en el ámbito de la responsabilidad administrativa por la acción médica y en múltiples fallos de la Corte Constitucional, sobre el amparo de derechos fundamentales.

Se entiende que, la concepción de la inversión de la carga de la prueba, es completamente distinta a la idea de la “carga dinámica de la prueba”, ante la garantía del derecho a probar en el período de ofrecimiento y requerimiento de la prueba. No obstante, cuentan con características comunes. La diferencia entre estos, está en el tiempo del procedimiento en el que se le comunica a uno de los litigantes que debe acreditar cierto hecho. De manera que, conforme a la inversión: ese deber se precisa en la sentencia, y conforme a la carga dinámica: ese deber se precisa de forma previa a la sentencia. En un momento, se había expresado que, con la inversión de la carga de la prueba, se creaba un estado de desventaja para el demandado, ya que, éste, se anoticiaba del deber de acreditar cierto hecho, en última instancia, cuando se dictaba la sentencia que lo sancionaba. En cambio, en la carga dinámica de la prueba, ese rasgo procesal no existe, ya que, no se anoticia al demandado en la sentencia, sino, que este deber, se fija de forma previa a ella, junto con las garantías de defensa y contradicción respecto a el medio de prueba.

2.La facultad de la carga dinámica de la prueba: La ley 1564 del año 2012, en su art. 167 dice: “...*el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga...*” aludiendo a la carga dinámica de la prueba, como una facultad. A pesar de esto, el artículo 4 del CGP refiere a la igualdad de los litigantes y establece: “...*el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes...*”; y, además, el inciso 2 del art. 42 indica: “...*Son deberes del juez: ... 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga...*”, no se insiste en una facultad, sino, en un deber. Asique, en el caso de haber, por ejemplo, desigualdad material entre los litigantes, como acontece en la relación de trabajo, entre el trabajador y su empleador, el magistrado laboral podría aplicar el numerado 2 del artículo 167, por el motivo de que, el CGP establece que la igualdad de las partes, es la igualdad de la Constitución, y también, la de la jurisprudencia constitucional, que entiende al derecho con imperio, inclusive, en el entorno del “...*principio de discriminación positiva...*”. El magistrado, tiene que

distribuir el peso probatorio, como ocurrió, frecuentemente, entre otros supuestos, en el campo de desplazamiento forzado.

Por otra parte, el CGP de Colombia, le ordena al juez que equipare, aquellas situaciones de desigualdad entre las partes, -objetivo de la distribución de la carga de la prueba- y no lo faculta. Esto, está ligado con lo dispuesto en el art. 8 del código mencionado, al describir que, en el comienzo y al impulsar los procesos, “...*los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya...*”. En este orden de ideas, el inciso 1 del artículo 42 establece: “...*Son deberes del Juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal...*”. Luego, el art. 42 en su inciso 4 prevé que: “...*Son deberes del juez: 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes...*”. Otro ejemplo más, que hace énfasis en el deber. Está de más decir, que estas normas dan lugar a discusiones de la doctrina y de la jurisprudencia, acerca de si tratarlo como una facultad o como un deber. Según lo que expresa la doctrina más relevante en esta cuestión, debemos decir que; “*la función judicial no puede ser mirada como aquella que cumple su cometido dándole la razón al que mejor administra la técnica del proceso y no al que la tiene en términos de justicia sustancial*”, que, en definitiva, es el propósito de estas instituciones.

3. Críticas sobre la carga dinámica de la prueba: Además del problema relativo a la facultad, que hemos mencionado anteriormente, hay otros, que analizaremos aquí:

• Frente a la resolución que distribuye o niega la distribución de la carga de la prueba, se podrá interponer un recurso de reposición, pero no uno de apelación:

El art.167 del CGP, consagra a dos casos, exclusividad del recurso procedente, cuando el magistrado reparta la carga o cuando se niega a hacerlo. Aunque, no se previó el supuesto en que, el juez no examinare minuciosamente los hechos que constituyen objeto de la prueba y al realizar la distribución del onus, trasgreda el derecho a la prueba, porque al litigante le es imposible ofrecerla. Es evidente que, este ejercicio requiere la atención del magistrado, para que la carga dinámica, no sea un promotor de “...*prueba diabólica...*”. Ahora bien, en cuanto a la procedencia del recurso de

apelación, se estima que es posible al darse el supuesto mencionado, en cuyo caso, se sujetaría a lo establecido por el art. 321, inciso 3 del CGP, por ser una resolución la que niega el decreto de pruebas. En dicho contexto, en el que el magistrado atribuye el deber de acreditar y juzga de manera impropia los supuestos para repartir la carga probatoria a uno de los litigantes, procedería el mencionado recurso contra la sentencia, siendo correcto citar la ilustre frase doctrinal “...tanto vale no tener un derecho como no poder ejercerlo o defenderlo...”.

Resulta pertinente, también, recordar la posición de Nattan Nisimblat, quien está a favor de la improcedencia del recurso de apelación, por no haberlo contemplado así el art. 167, ni el 321 del CGP, -cree que, únicamente, procede el recurso de reposición- aunque en el art.321 numeral 3 se considera el recurso de alzada contra la resolución que “...niegue el decreto o la práctica de pruebas...”, no significa que la medida de distribuir el onus probandi, sea parte de ese tipo de decisiones, porque lo opuesto a negar una prueba que genera la resolución, es lo contrario, es decir, un esfuerzo superior de quien en el inicio no tenía el peso de la prueba en el proceso.

• **Momento procesal para que el juez distribuya la carga de la prueba:** La norma prevé que el momento para distribuir la carga será “...hasta antes de fallar...”. En el marco del proceso oral, el art. 373 del CGP -audiencia de instrucción y juzgamiento-, establece que, en dicho momento procesal, se distinguen tres sucesos: “...1. Se practican las pruebas, posteriormente se oyen los alegatos de las partes y el juez profiere sentencia en forma oral. En esta hipótesis, los actos son sucesivos e ininterrumpidos. 2. Se practican las pruebas, posteriormente se oyen los alegatos de las partes y el juez no profiere sentencia como acto seguido; en este evento, el juez —una vez oídos los alegatos de las partes— decreta un receso de hasta dos horas para el pronunciamiento de la sentencia en forma oral. En esta hipótesis, los actos son sucesivos e interrumpidos. 3. Se practican las pruebas, posteriormente se oyen los alegatos de las partes y el juez no profiere sentencia como acto seguido; en este evento, el juez —una vez oídos los alegatos de las partes—, anuncia el sentido del fallo y dentro de los diez (10) días siguientes debe pronunciar su sentencia en forma escrita. En esta hipótesis, los actos son sucesivos e interrumpidos...”.

Es relevante el razonamiento del artículo que citamos, porque debe comprenderse que no todos los casos que se le atribuyen al magistrado, son similares y según ese carácter, uno u otro permanecerá en el caso. El supuesto 1 aplica a casos

sencillos, tales como, aquellos en los que la apreciación del medio de prueba, sea puramente documental, -tiene que realizarse la pertinente justificación; el supuesto 2 aplica para los “...casos moderados...”, por ejemplo, en aquellos, en que la apreciación de la prueba, demande determinado examen para entrelazar fuertemente la ratio decidendi; y el supuesto 3 se prevé para los casos complejos, en los que se excluye la oralidad de la sentencia, al ser imposible dictarla en esta manera. Se entiende que, admitir que el magistrado solicite que uno de los litigantes, acredite cierto hecho, luego de comunicar la decisión de su fallo o de forma posterior al decreto del receso para dictar sentencia, en consonancia con lo establecido en los supuestos del art. 373 del CGP, garantiza una mal actuar de la jurisdicción, por violar la orden del proceso acorde al principio de preclusión de las fases procesales, porque el magistrado se anoticia de lo que sucederá frente al derecho cuando el expediente ingresa al despacho y va a dictar sentencia. Este criterio, tácitamente, no reconoce la eficacia de los cimientos del código, en la oralidad, en la concentración, en la inmediación, ya que, si el proceso se desarrollara en conformidad a ellos, al encontrarse el juez, en la primera audiencia -en un proceso oral-, y fijar pruebas y hechos objeto del juicio, además, en la audiencia de instrucción, al fijarlos reiteradamente y practicar las pruebas determinadas, sería actuación adecuada, para tener por concluida la etapa probatoria. De modo que, se comprende, que el juzgamiento, es un período extraño a cualquier decisión diferente a la sentencia. De ahí que, en el supuesto 1, la fase de instrucción, desaparece una vez se escuchen los alegatos de los litigantes; en el supuesto 2, la fase de instrucción, desaparece cuando se decreta el receso; en el supuesto 3, la fase de instrucción, desaparece cuando se comunica el resultado del fallo. En el momento en que se cumpla alguno de los tres supuestos, iniciará la etapa de juzgamiento, en la que el juez se pronunciará sobre el caso.

• **Consecuencia jurídica ante incumplimiento del deber de aportar la prueba:** Debemos saber que, la norma del art. 167 no dispone de forma manifiesta una consecuencia jurídica, en el supuesto de que, habiendo el juez atribuido la carga probatoria a alguno de los litigantes, este no hubiese cumplido. Ante este caso, se aplicaría la regla tradicional de conducta, del onus probandi, por ende, el juez debería tener por no acreditado el hecho -como efecto inmediato-, respecto al presupuesto de la pretensión “...prueba debida de los hechos...”. Sobre esta cuestión, se ha expedido Luis Guillermo Acero-Gallego, quién, alega que es imposible aplicar la regla antedicha, y agrega que, partiendo de la dificultad probatoria de los magistrados, que genera el mix

de los sistemas de carga estática y la carga dinámica de la prueba, “...no son claras las consecuencias de una situación de déficit probatorio una vez el juez ha ordenado que ciertos supuestos fácticos sean demostrados por alguna de las partes aplicando para el efecto el sistema de cargas dinámicas...”. Concluye que, como primera impresión, el sistema de cargas dinámicas, no trabaja igual que el sistema de cargas estáticas, por tal razón, no es posible que el primero cuente, igualmente, con una regla, ante la falta de cumplimiento de la carga que fijó el juez.

Finalmente, la carga dinámica de la prueba, se resume en las siguientes conclusiones:

“...1.se distribuye la carga en un momento anterior a la sentencia, con el límite en la competencia del juez en los eventos de casos fáciles, moderados y difíciles. 2.hay un auto del juez que asigna la carga de probar, 3.hay hipótesis específicas sobre las cuales se hace procedente la distribución de la carga, 4.se garantiza el derecho de defensa de las partes, sin privilegiar extremo alguno de la relación procesal, 5.el auto es susceptible de recurso de reposición, con la particularidad reseñada respecto del evento en el que sería procedente el recurso de apelación...”¹³⁰

2-Chile

En este país, y según lo que predica el autor Bordalí, la carga probatoria se inclina por principios referentes a la igualdad entre el actor y el demandado, para proveer elementos de prueba y en los peligros del proceso. En el Código Civil se encuentra esa distribución, -y no en el Código de Procedimiento Civil-. Es curioso, pero su código procesal, no prevé ninguna norma sobre el onus probandi. En cambio, el art. 1698 del Código Civil, establece la regla esencial de la carga de la prueba, “...incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta...”.

Por más de que, esta disposición se ubica en el título XXI del código citado, el cual, alude a la prueba de las obligaciones, su aplicación es común para todo el derecho privado. Hasta sería razonable decir que, es la “...regla general para todos los procesos judiciales chilenos...”, suprimiendo, únicamente, los procesos penales y determinadas reglas especiales. El legislador ha reformado este tradicional sistema de distribución del

¹³⁰<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/16578/13677> (visitado el día 06/01/2021 a las 17:00 hs.)

peso probatorio, beneficiando la flexibilización, en materia de protección laboral de los derechos primordiales de los trabajadores.¹³¹

Gracias a la Ley N° 20.087, -modificatoria del Libro V del Código del Trabajo- se implantó en el ordenamiento chileno, ese nuevo procedimiento, que hemos antedicho.

El mismo, contiene una norma especial, concerniente a las cargas dinámicas de la prueba. El fin de este instituto, es facilitar la prueba al trabajador denunciante. Conforme a como fue planteada por el legislador chileno, se discute si ésta viola la garantía constitucional del justo proceso, establecida en el artículo 19, N° 3, inciso 5.

Continuando, en el procedimiento de amparo de los derechos laborales, se implanta una regla específica sobre la repartición del onus probandi, que perturba lo dispuesto por el art. 1698 del Código Civil, y se encuentra en el art. 493 del Código del Trabajo, el cual establece que: “...*Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad...*”. De modo que, aquello es lo que se ha llamado “...*alivio probatorio o cargas dinámicas de la prueba...*” y reside en la modificación de las pautas sobre el peso probatorio, en el caso de que, el magistrado de la causa, verifique que se da el supuesto que la norma indica, en otras palabras, que existan indicios suficientes, que demuestren que se transgredió un derecho fundamental.

Origen de las cargas dinámicas: La teoría de las cargas dinámicas surge de un mensaje del Presidente de la República, en virtud del cual, se preparó el proyecto de ley, que reemplazó el procedimiento laboral -ley n° 20.087-. En el mencionado mensaje, se dejó en claro la necesidad de “...*diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que dé cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección...*”. Posteriormente, al hacer mención -de forma explícita- al procedimiento de protección de derechos fundamentales, se dijo que se incluiría una norma, en el ordenamiento jurídico, con el propósito de “...*facilitar o alivianar la prueba al denunciante, cuando de sus alegaciones se desprendan indicios en orden a que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales...*”, lo que significa que

¹³¹<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7546498.pdf> (visitado el 06/01/2021 a las 10:00 hs.)

el denunciado tiene el deber de probar de modo lógico y objetivo, las disposiciones acogidas y su equivalencia.

Además, el profesor Ugarte ha expresado que “...*dado el difícil escenario probatorio que el trabajador deberá enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales, se hace absolutamente imprescindible, para otorgar una tutela efectiva de dichos derechos, la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos...*”. En este orden de ideas, el autor susodicho ha afirmado que, el régimen indiciario, es uno de los más grandes logros de la reforma procesal en materia laboral, respecto de los derechos fundamentales, y que se deberán sortear los obstáculos para propender al fin descripto.

Problemas relativos a las garantías procesales: Como lo expresamos, se discute si la aplicación del sistema de las cargas dinámicas de la prueba, vulnera -en el procedimiento de tutela- o no las garantías procesales que consagra la Constitución Política del Estado, para uno de los litigantes -en esta materia, vendría a ser, el empleador demandado-. Seguidamente, examinaremos algunos asuntos relativos a esta problemática.

Aligeramiento probatorio o inversión de la carga de la prueba: Al explorar este instituto, surge la duda acerca de, si la norma sobre las cargas dinámicas probatorias establece un aligeramiento de la prueba, o si encarna una inversión del onus probandi. Sobre este tema, la mayoría de la doctrina sostiene que, no existe una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que, el empleador no tiene que probar un hecho negativo; tal como, la no existencia de la trasgresión de un derecho esencial. Continuando con esta postura, en una disputa en la Sala del Senado, el senador Parra, señaló que, este precepto no viola la carga probatoria, porque, únicamente, le incumbe acreditar a cada uno, es decir, no se invierte el onus probandi, y tampoco se vulneran los principios generales del Derecho.

Dejando a salvo lo dicho antes, el hecho de que no se configure la alteración del peso de la prueba, no quiere decir que, esta institución esté libre de discusiones sobre el debido proceso. En suma, el modelo probatorio que le concierne a el empleador va a ser el mayor: deberá acreditar la legalidad de la razón de la decisión, que impulsó el proceso. En cambio, el trabajador, solamente, tendrá que probar que hay indicios suficientes.

El deber de anunciar al demandado: Sobre esta cuestión, no hay un deber en cabeza del magistrado -en el Código del Trabajo Chileno-, para que avise a la parte demandada, que el trabajador denunciante cuenta con “...*indicios suficientes*...”, lo que da lugar, conforme al art. 493 del código mencionado, a que el empleador pruebe los argumentos y la proporcionalidad de la disposición acogida -este es un punto importante en el campo del debido proceso-. Justamente, no es que el demandado tenga que percatarse de esa norma -según lo previsto en el art. 8 del Código Civil-, sino, que él tiene que saber, en qué ocasión, el magistrado de la causa, estima que hay “...*indicios suficientes*...”, para que pueda ejercer su derecho de defensa y esté apto para proveer los medios de prueba que crea adecuados para acreditar el motivo legítimo de su actuación.

De manera que, acorde a las normas generales del peso probatorio, esta regla aplica en el período, en el cuál se dicta sentencia, luego de haberse valorado la prueba, cuando se compruebe que las pruebas aportadas son insuficientes para considerar verificado un cierto hecho. De ahí que, no sea posible indicar, pertinentemente, al demandado, de que se aplicará la regla de las cargas probatorias dinámicas, porque el juez no podría prever si va a recurrir a esta regla, antes de dictar sentencia. Tal como lo hemos destacado, esta norma, únicamente, se utilizará, en el supuesto de no considerarse acreditado de forma adecuada, el hecho controvertido. Por lo tanto, si el demandado no puede saber si el juez va a hacer uso o no de esta atribución, creemos que se encuentra en un estado de desigualdad, en relación al denunciante, ya que siempre pesará en él, el deber de probar “...*más allá de sus propias afirmaciones*...” -regla general probatoria-, en caso de que se acuda a las cargas dinámicas de la prueba. Por ende, deberá realizar un esfuerzo probatorio mayor al del actor, quién, solamente, alegará la existencia de una violación, para señalar el indicio.

Otra sería la situación, si el magistrado realizará una apreciación de los antecedentes brindados por el denunciante, al determinarse los hechos sobre los que deberá probarse, porque en ese caso, tendría la posibilidad de comunicar al demandado que se cumplieron los requisitos del art. 493 del Código del Trabajo y, por ende, comunicaría su deber de verificar la legitimidad de su sentencia. No obstante, consideramos que, ante la ausencia de una norma, que de forma explícita prevea la necesidad de cumplir con esta apreciación, previo, al inicio de la etapa probatoria: el juez no está obligado a realizar ese aviso, porque de hacerlo, podría incurrir en una causal de implicancia, por anticipar su sentencia.

También, cabe destacarse que, no siempre será el mismo magistrado, quien lleve la Audiencia Preparatoria -momento procesal, en el que se determinan los hechos a probar y los elementos probatorios prestados por los litigantes- puede que, otro juez se encargue de la Audiencia de Juicio y tenga que dictar sentencia, conforme a las pruebas ofrecidas por las partes, o en el supuesto de que sean insuficientes, conteste a las normas del onus probandi y, en este caso concreto, conforme a las reglas de las cargas dinámicas. Asimismo, habría posibilidades de que hubiesen diferentes razonamientos entre estos magistrados, de modo que, podría aparecer, nuevamente, el problema de la falta de aviso.¹³²

3-Portugal

Respecto a este país, expresa Costa e Silva, que, desde el surgimiento del Código Civil, se ha dispuesto que la repartición de la carga de la prueba, obedecerá a el impacto que el hecho provoque en el derecho que se invoca. En este orden de ideas, acreditar los hechos que hacen a los derechos alegados, es un deber que tiene aquél, que invoca el derecho y, la contraparte, es decir, aquél contra quien se invocó el derecho, debe probar los hechos modificativos, impeditivos, o extintivos. Por tal motivo, la distribución del onus probandi, coopera con la solución a los casos de non liquet. Y conforme a lo que establece el Código de Proceso Civil, en caso de que el magistrado, tenga dudas sobre la existencia de un hecho, tiene el deber de resolver “...*en sentido contrario a aquel a quien le sería favorable...*”.

4-República Dominicana

Según, lo que dispone la ley –tradición francesa- la carga probatoria le incumbe al demandante, es lo que establece el art. 1315 del Código Civil, el cual reza: “...*el que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación...*”. Empero, en algunas de las nuevas legislaciones, como, por ejemplo, la Ley del Consumidor -también, en los casos de responsabilidad de galenos-, el peso probatorio ha variado, como consecuencia, de que la sala civil y comercial de la Suprema Corte de Justicia, adoptó la idea de que, el derecho a probar es

¹³²<https://core.ac.uk/download/pdf/187680701.pdf> (visitado el día 07/01/2021 a las 19:00 hs.)

requisito necesario de la protección judicial efectiva, -conforme al art. 7.4 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales- Por consiguiente, en general, se aplicará la teoría de las cargas dinámicas probatorias, y más aún, en casos de ausencia de igualdad entre los litigantes, situación ésta, que genera que se transfiera la carga de la prueba, hacia la parte que “...se encuentre en mejores condiciones...” de ofrecer los medios de prueba, para ese caso determinado.

5-Uruguay

Aquí, según lo que sostiene Pereira, en el CGP (Código General del Proceso) se conceptualiza a la carga de la prueba como: “...el imperativo que tienen las partes, por su propio interés, en probar los hechos que alegan ante el tribunal, con la consecuencia desfavorable de que si no lo hacen no podrán obtener la satisfacción judicial de la pretensión que han deducido en juicio...”. De esta manera, el onus probandi alude a la fijación sobre el sujeto procesal, que debe acreditar los hechos históricos y cuál de las partes, conocerá los efectos, si no lo cumple. El sistema procesal de Uruguay, a partir del año 1877, se identificaba con la teoría que imperaba en los códigos iberoamericanos desde principios del siglo XIX, en virtud de la cual, cada litigante debía acreditar las aseveraciones que realizaba. Comúnmente, adoptaron la doctrina que preveía que, el magistrado sea cual sea la situación, siempre, tenía que dictar sentencia, aún, en los casos en los que no contare con elementos probatorios. Se entiende que, hablamos sobre una regla de juicio.

Más tarde, con la entrada en vigencia del CGP, en el año 1989, se admitió la novedosa teoría de flexibilización –según, lo que sostiene la doctrina y jurisprudencia mayoritaria- “...los criterios clásicos de carga...”. En este sentido, el art. 139.1 del código citado, establece que, en general “...corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión, a quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión...”. Sin embargo, la regla se vuelve dinámica, en el siguiente inciso que dispone “...la distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba...”.

En definitiva, puede considerarse una reforma análoga, en la exégesis de la carga de la prueba de los países iberoamericanos, que aquí hemos analizado. No

obstante, es claro que, todos estos, no se encuentran en la misma fase de modificación procesal, pero, también, es claro que, comparten los mismos condicionamientos. En todos estos países, se han flexibilizado las normas sobre el peso probatorio, aunque, “...se está entre adoptar las cargas dinámicas y ampliar la iniciativa probatoria de los jueces...”¹³³

¹³³<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7546498.pdf> (visitado el 06/01/2021 a las 10:00 hs.)

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES FINALES

A partir de todo lo expuesto y de toda la investigación realizada, es que podemos tener un pensamiento más claro, -del que partimos-, sobre lo relativo a la prueba y en especial, a las cargas dinámicas de la prueba.

1-Que la prueba ya desde tiempos inmemorables, es un elemento fundamental para la solución de disputas, conflictos, que se daban en pueblos antiguos. Por ejemplo, el juramento en el período Romano, y la carga de probar que tenía el demandado para poder defenderse de la imputación que se le hacía y para luego, poder ser declarado absuelto. Le debemos a el Derecho Romano, la mayoría de reglas procesales, principios, medios de prueba, limitaciones, e institutos que utilizamos actualmente.

2-Que la teoría de las cargas dinámicas de la prueba se originó en la jurisprudencia, sobre todo en casos de mala praxis médica, en donde una de las partes- el galeno- por tener conocimientos técnicos, y por tener cercanía con el medio probatorio, tiene la carga de probar su buen obrar, para fundar los hechos de la pretensión de la contraparte, por estar en condiciones superiores para proveerla al proceso. Es decir, por tener menos obstáculos. Y, en definitiva, se trata de casos en los que una de las partes tiene mejor acceso a los elementos probatorios que están, tanto a su favor, como a favor de su contraparte en un juicio.

3-Respecto a las hipótesis que nos hemos planteado al comenzar esta tesis, cabe destacar que:

a- Confirmamos que, la parte a la cual se le impone la carga de probar, debe cumplirla.

Si bien sabemos que la carga probatoria es un mandato del propio interés y que, en caso de incumplimiento, la parte sufrirá el riesgo procesal, de que el juez no considere los hechos que ésta había alegado. Creemos que la carga dinámica que el juez distribuye a una de las partes por considerar que se halla en una mejor condición, para acreditar los hechos relevantes del caso, es: un deber, una obligación, en sentido de que se realiza, la mayoría de las veces, en provecho de la parte contraria, y aunque no se haya dicho de forma expresa que por su incumplimiento le correspondería una sanción.

De lo examinado aquí, la mayoría de los autores que citamos, cree o hacen alusión a que es un deber de las partes, por estar relacionado, y por darle la doctrina procesal gran relevancia al principio de solidaridad, de colaboración, que, a su vez, hace al principio de buena fe, que como es sabido, es uno de los principios más reconocidos, en el que se basa todo el sistema jurídico argentino, y, por ende, todos los juicios. Además de que, dicha carga, configura un deber, por el simple hecho de que hace a la justicia del caso, esto porque, si la parte a la que se le impone la carga de probar no lo hace, se produciría una situación de desigualdad, al encontrarse la otra parte en un estado de imposibilidad probatoria.

Por último, creemos que tiene ese tinte de deber, porque el juez tiene el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos del proceso, y para ello podrá tomar todas las medidas que crea pertinentes para llegar a la verdad objetiva, entendemos que podría exigirle a quien se encuentre en mejor posición de probar, hacerlo, porque de lo contrario, estaría el magistrado, incurriendo en incumplimiento de sus deberes, y la parte, obstruyendo el proceso.

b- En caso de que, la parte a la cual se le impuso el peso dinámico probatorio, no cumpliera, tendrá como consecuencia jurídica, el reconocimiento de la aseveración fáctica de su contraria. Es otras palabras, la inobservancia de ese deber, conlleva a que se juzgue el hecho como no acreditado. Además de que deja al juez con mil preguntas, dudas o sin poder alcanzar la convicción y esto implica la desigualdad entre las partes respecto al derecho a probar.

No hay que olvidar que, la otra parte, -el actor-conserva la carga de la prueba, respecto de determinados esfuerzos probatorios, continúa teniendo el impulso procesal, por ende, debe aportar las pruebas que se encuentran a su alcance.

c- El criterio de las cargas dinámicas probatorias, se aplica, únicamente, en casos excepcionales, y no solo se aplica en el ámbito civil, como es el típico caso, de la mala práctica médica, sino también en el Derecho Comercial, en el Derecho Laboral, Seguridad Social, en el de Familia, en el Derecho Ambiental, incluso, en el Derecho Penal. Asimismo, la teoría en cuestión, se encuentra legislada en nuestro país, a nivel nacional, por el CCyCN, en sus artículos 710 y 1735, y previsto también, por la ley 24.240 de defensa del consumidor y a nivel provincial, en provincias como: el código de Buenos Aires, Tierra del Fuego, La Pampa, Corrientes, Formosa, y el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de San Juan, del año 2006.

d- Debemos recordar que el juez, también tiene límites, a la hora de aplicar el criterio de las cargas probatorias dinámicas, y son los siguientes:

- No puede mandar que se produzcan pruebas, que no refieran a los hechos controvertidos en el proceso.
- No puede ejercer sus facultades instructorias para suplir la falta de alguna de las partes al momento de producir la prueba, caso contrario se estaría alterando la igualdad.
- Sus facultades, se deben ejercer en concordancia con el derecho de defensa del que gozan las partes. Es decir, que éstas puedan tener la oportunidad de examinar la gestión o el resultado de las medidas probatorias ordenadas por el juez.

Y claramente, se ven comprendidos principios tales como, el de igualdad –art. 16 de la Constitución Nacional-, y el principio de colaboración de las partes, cuyo propósito es lograr la protección judicial eficaz.

e- El CCyCN, establece que si el juez lo considerare adecuado - facultad- debe comunicar a las partes que aplicará el criterio de las cargas probatorias dinámicas, durante el proceso, para que éstas, puedan ofrecer y producir la prueba/s que hagan a su defensa.

Coinciden con esta disposición, autores como, por ejemplo, Eisner y Arazi, quienes sostienen que, en el supuesto de que el juez distribuya de manera flexible la carga de la prueba, éste, debe anotar a las partes, de forma previa, para evitar vulnerar el derecho de defensa de la parte que, desde un primer momento, en virtud de la ley, y conforme a el onus probandi, no tenía que probar determinados hechos.

Pero también, existen otros autores, como, por ejemplo, Peyrano, quienes sostienen que, de acuerdo al conocimiento de los operadores jurídicos de hoy, sobre dicha teoría, no debería de comunicarse la aplicación judicial de la misma. De manera que, no hay acuerdo en la doctrina respecto a este tema.

f- No hay una forma determinada expresamente por alguna norma, respecto a cómo debe el juez comunicar que aplicará el criterio de las cargas dinámicas de la prueba.

g- Peyrano se ha expresado al respecto, y ha sostenido que la comunicación, que el juez realice a través de una resolución judicial, puede, seguramente, ser impugnada por todo tipo de prejuizgamientos, sobre si la parte a la cual se le atribuye el peso probatorio, está, efectivamente, en mejor situación de probar. Incluso podría interponerse un recurso de apelación.

h- La teoría de las cargas dinámicas probatorias, es constitucional por su lógica y justificación axiológica, además de ser un medio necesario, para ejercer, de forma eficaz, los derechos y garantías previstos por el sistema jurídico, en los casos de dificultad probatoria. Aunque hay cierta parte minoritaria de la doctrina, que aún cree que no lo es.

Concluimos en que la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, tiene su fundamento en el principio de igualdad, y en el principio de colaboración procesal. En

el sentido de que, vela por la parte a la que, en el proceso, le resultaba muy difícil o imposible probar, y gracias a su aplicación, permite que aquella pueda ejercer su derecho a probar su pretensión, a través de la prueba que ofrezca la parte contraria, a la que se considera en mejores condiciones de hacerlo.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters that appear to be 'JAD'.

APROBACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

Buenos Aires, 30 de enero de 2021.

En mi carácter de Tutor del Trabajo Final para la obtención del Título de Grado, en la carrera de Abogacía, presentado por Fernández Daiana Noelia. -

Se encuentra en condiciones de ser sometido a evaluación cumpliendo con los requisitos exigidos por la Universidad Abierta Interamericana. -

Dr. Carrillo Ciciro Alfredo Jesús



Carrillo Ciciro Alfredo J.
ABOGADO

ÍNDICE

Dedicatorias...	pág. 1
Estructura del presente trabajo.....	pág. 4
 CAPÍTULO I: EL AVANCE HISTÓRICO DE LA PRUEBA.....	 pág. 11
 Período de antigüedad clásica.....	 pág. 11
 Período germánico.....	 pág. 12
 Período romano.....	 pág. 13
 Testimonio.....	 pág. 14
Sistema probatorio dispositivo y onus probandi.....	pág. 15
Medios de prueba.....	pág. 16
Prueba instrumental.....	pág. 17
Instrumento público	pág. 17
Instrumento privado.....	pág. 18
Prueba pericial.....	pág. 18
Prueba testimonial.....	pág. 18
El testimonio en la historia procesal.....	pág. 19

Presunciones.....	pág. 20
Breve historia de la presunción.....	pág. 21
Período Clásico Romano.....	pág. 21
Período Imperial.....	pág. 22
Derecho Justiniano.....	pág. 22
Resumen de la Época Romana.....	pág. 23
Derecho Canónico.....	pág. 23
Época Medieval.....	pág. 23
Derecho Canónico.....	pág. 24
De la Codificación.....	pág. 24
Derecho Griego.....	pág. 24
Pruebas judiciales en Grecia.....	pág. 25
Historia de la carga de la prueba.....	pág. 26
Período Romano.....	pág. 26
Período clásico.....	pág. 26
Período Justiniano.....	pág. 27
Período Germano.....	pág. 27

Período de la Edad Media.....	pág. 28
Época Moderna.....	pág. 25
CAPÍTULO II: NOCIONES DE LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL.....	pág. 32
De la carga de la prueba (Onus probandi)	pág. 33
De la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.....	pág. 36
Sistemas de valoración de la prueba.....	pág. 39
Sistema actual, la “...sana crítica...”	pág. 39
Principios que rigen en la teoría de las cargas dinámicas de la prueba...	pág.43
Principio de colaboración de las partes.....	pág. 43
Principio de igualdad.....	pág. 45
De los deberes y facultades judiciales.....	pág. 47
CAPÍTULO III: LAS CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA.....	pág. 49
La parte a la cual se le impone la carga de probar ¿debe cumplirla?	
.....	pág. 49

¿Si no cumple con la misma, que consecuencias jurídicas tiene? ¿Qué sucede con la otra parte? pág. 53

¿En qué casos se aplica este criterio? ¿Existe legislación que lo regule?
..... pág. 55

¿Cuál es el límite de esta facultad de los jueces? ¿Juega en esta, los principios procesales..... pág. 59

¿En qué momento, podrá el juez aplicar este criterio? ¿Hay acuerdo de la doctrina respecto de esto?..... pág. 61

¿En qué formato el juez debe comunicar que aplicará este criterio, es de forma oral o por escrito?..... pág. 64

¿Podrá impugnar la parte, sobre la cual el juez imponga la carga de la prueba?..... pág. 64

¿La carga dinámica de la prueba, es constitucional?
.....pág. 65

CAPÍTULO IV: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA..... pág. 67

“Perón, Juan Domingo s/ Bienes mal habidos” pág. 67

“Pinheiro, Ana María y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario” pág. 72

“Plá, Silvio R. y otros v. Clínica Bazterrica S.A. y otros” pág. 77

“G., A. N. c. S., R. s/ filiación” pág. 82

CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO..... pág.87

Colombia..... pág.87

Chile..... pág.93

Portugal..... pág.97

República Dominicana..... pág.97

Uruguay..... pág.98

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES FINALES

..... pág. 100

BIBLIOGRAFÍA:

-Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 343-344

- Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 338-340.

-Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 183

-Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág.71-72.

-Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 354-355.

-Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág.355.

-En este sentido. Arazi, Roland. ***Derecho Procesal Civil y Comercial***. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 183

-Betancourt, Fernando. (2007). ***Derecho Romano Clásico***. Sevilla, Ed. Grafitrés, S.L.-Utrera. Pág. 232.

-Betancourt, Fernando. (2007). ***Derecho Romano Clásico***. Sevilla, Ed. Grafitrés, S.L.-Utrera. Pág. 232-233.

-Bentham, Jérémie (1971). ***Tratado de las pruebas judiciales, Trad. De la obra "Traité des Preuve Judiciaires, BossangeFrères***. Buenos Aires, Ed. Ejea, Pág. 149.

-Costa, José. (2016) ***Manual de Derecho Romano Público y Privado***.

Ed.Abeledo Perrot. Pág. 548-549

-Costa, José. (2016) **Manual de Derecho Romano Público y Privado**. Ed. Abeledo Perrot. Pág. 163-164.

- Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma. Pág. 215-216.

-Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Talcahuano 494, Buenos Aires, Ed. Roque Depalma Editor. Pág. 241-242.

-Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma. Pág.272.

- Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma. Pág. 185.

-En este sentido. Couture, Eduardo (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Talcahuano 494, Buenos Aires, Ed. Roque Depalma Editor. Pág. 241-242.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: Tomo:125 Folio:14

- Devis Echandia (1981). **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires, Ed. Victor P. De Zavalía. Pág. 56-57.

-Es profesor titular en la Universidad de la Plata (2000) y director de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Profundizado de la Universidad Notarial Argentina (2004).

-Falcón, Enrique (2006). **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 696.

-Fallos: Tomo: 324 Folio: 2689.

-Fallos: Tomo:301 Folio:559; Tomo:302 Folio:468; Tomo:307 Folio:511;
Tomo:308

-Folio:226; Tomo: 315 Folio:113, entre muchos otros.

-Fallos: Tomo:301 Folio:559; Tomo:302 Folio:468; Tomo:307 Folio:511;
Tomo:308

-Folio:226; Tomo: 315 Folio:113, entre muchos otros.

-En este sentido. Gozaíni, Osvaldo. (2004). **Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso.** Ed. Rubinzal-Culzoni. Pág. 22-25.

-<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/prueba-testimonial-en-el-proceso-argentino-idoneidad-del-testigo/> (visitado el día 18/06/20 a las 17:00 hs.)

- https://arditiesp.files.wordpress.com/2012/10/foucault_verdad_formas_juridicas.pdf (visitado el día 19/06/20 a las 17:00 hs.)

- https://books.google.com.ar/books?id=5ic0kokzjelC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbsqe_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true (visitado el día 01/06/20 a las 17:00 hs.)

- https://books.google.com.ar/books?id=5ic0kokzjelC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbsqe_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true (visitado el día 01/06/20 a las 17:00 hs.)

- <https://books.google.com.ar/books?id=0ctHDwAAQBAJ&pg=PT180&lpg=PT180&dq=testigo+unico+testigo+nulo+en+derecho+romano&source=bl&ots=y4Ye6QxES&sig=ACfU3U2C4V6MOyAyqUW-pmXJ1bFj3y-ftA&hl=es419&sa=X&ved=2ahUKEwiumd6F3cvqAhWhH7kGHYsbAU4Q6AEwDXoECAoQAQ#v=onepa> (visitado el día 15/06/20 a las 21:00 hs.)

-https://books.google.com.ar/books/about/Nuevas_orientaciones_de_la_prueba.html?id=5ic0kokzjelC&redir_esc=y (visitado el día 01/06/20 a las 17:00 hs.)

-<https://cadij.org.ar/wp-content/uploads/2018/08/dra-masci-belen-comision-nro-5.pdf> (visitado el día 18/06/20 a las 21:00 hs.)

-<https://cadij.org.ar/wp-content/uploads/2018/08/dra-masci-belen-comision-nro-5.pdf> (visitado el día 18/06/20 a las 21:00 hs.)

- <https://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/Le%20de%20Enjuiciamiento%20Civil%20de%201855.htm> (visitado el día 18/06/20 a las 17:00 hs.)
- <https://cadij.org.ar/wp-content/uploads/2018/08/dra-masci-belen-comision-nro-5.pdf> (visitado el día 18/06/20 a las 21:00 hs.)
- <https://core.ac.uk/download/pdf/187680701.pdf> (visitado el día 07/01/2021 a las 19:00 hs.)
- <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2165562.pdf> (visitado el día 14/06/20 a las 20:00 hs.)
- <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7546498.pdf> (visitado el 06/01/2021 a las 10:00 hs.)
- <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7546498.pdf> (visitado el 06/01/2021 a las 10:00 hs.)
- <http://editorial.jusbaires.gob.ar/libro/descargar/300/pdf> (visitado el día 14/06/20 a las 18:00 hs.)
- <http://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w23193w/la-funcion-notarial-en-roma.pdf> (visitado el día 17/06/20 a las 20:00 hs.)
- <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20 a las 17:00 hs.)
- <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20 a las 17:00 hs.)
- <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20 a las 17:00 hs.)
- <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 17/06/20 a las 17:00 hs.)
- <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 17/06/20, 18:00 hs.)
- <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/08/Garantias-Principios-y-Reglas-del-proceso.pdf> (visitado el día 19/06/20 a las 20:00 hs.)
- <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 16/09/20, 17:00 hs.)

-En este sentido. <http://gozaini.com/wpcontent/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 12/11/20 a las 19:00 hs.)

-<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf>(visitado el día 12/11/20 a las 19:30 hs.)

-<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf>(visitado el día 12/11/20 a las 18:30 hs.)

-<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf> (visitado el día 17/11/20, 17:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600000175bdd4ee6536c5b90e&docguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&hitguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&tocguid=&spos380&epos=380&td=384&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C75D6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=254&crumb-action=append&>(visitado el día 11/11/20 a las 18:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=i37B8F46A2913448689FE6E9FE22F9C71&hitguid=i37B8F46A2913448689FE6E9FE22F9C71&tocguid=&spos=11&epos=11&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 11/11/20 a las 20:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 21/09/20 a las 18:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=i036973C8542842B7AB994B2D8E29BB2C&hitguid=i036973C8542842B7AB994B2D8E29BB2C&tocguid=&spos=15&epos=15&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 22/09/20 a las 18:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0a>

[d82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=i08C33824E7F6498A92AA302D6CD9C795&hitguid=i08C33824E7F6498A92AA302D6CD9C795&tocguid=&spos=9&epos=9&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=i08C33824E7F6498A92AA302D6CD9C795&hitguid=i08C33824E7F6498A92AA302D6CD9C795&tocguid=&spos=9&epos=9&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&)

(visitado el día 02/01/2021 a las 20:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iF183F6607D47C5BE1AC41D0C35736B12&hitguid=iF183F6607D47C5BE1AC41D0C35736B12&tocguid=&spos=5&epos=5&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 05/01/21 a las 08:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 04/01/ 2021 a las 18:30 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>(visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

-<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&>

[&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&](#)(visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

-[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&hitguid=iC7791F96785E8A5C88140C785A1BF74B&tocguid=&spos=7&epos=7&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199](#)

[&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&](#)(visitado el día 03/01/2021 a las 18:00 hs.)

-[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&](#)

(visitado el día 04/01/ 2021 a las 18:30 hs.)

-[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a000001773f02db54c34cdd82&docguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&hitguid=iC84442B20C70174369FC4F77A84DCC26&tocguid=&spos=2&epos=2&td=16&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=71&crumb-action=append&](#)

(visitado el día 04/01/ 2021 a las 18:30 hs.)

-[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600000175bdd4ee6536c5b90e&docguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&hitguid=iA8D58D85B2584BE8BF05A1BEF5ADE20C&tocguid=&spos=380&epos=380&td=384&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=254&crumb-action=append&](#)(visitado el día 11/11/20 a las 18:00 hs.)

-[https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc500000175bd69d0220390bc7c&docguid=i14BD26B6145E44DC88F8C9A37B3B3B17&hitguid=i14BD26B6145E44DC88F8C9A37B3B3B17&tocguid=&spos=18&epos=18&td=20&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=69&crumb-action=append&fromSH=true](#)(visitado el día 13/11/20 a las 18:00 hs.)

- <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b00000175be0d8c7d2c3bb69f&docguid=i5ECE6105CDF24C0FA5C0F1572798F43C&hitguid=i5ECE6105CDF24C0FA5C0F1572798F43C&tocguid=&spos=1&epos=1&td=3&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&>
(visitado el día 14/11/20 a las 18:40 hs.)

- <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600000175bdcb7b9161a15a8c&docguid=i3F488167186AD11ADE340645EB4D7D02&hitguid=i3F488167186AD11ADE340645EB4D7D02&tocguid=&spos=249&epos=249&td=1943&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DE6E08D02A&searchFrom=&savedSearch=false&context=145&crumb-action=append&>
(visitado el día 15/11/20, 17:00 hs.)

- <http://jorgearojas.com.ar/wp-content/uploads/2005/04/valprue.pdf> (visitado el día 25/09/20 a las 20:00 hs.)

- <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wpcontent/uploads/sites/10/2017/08/Giannini-Leandro-J.-II.pdf> (visitado el día 13/11/20 a las 20:00 hs.)

- En este sentido. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Giannini-Leandro-J.-II.pdf> (visitado el día 14/11/20 a las 18:00 hs.)

- <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wpcontent/uploads/sites/10/2017/08/Giannini-Leandro-J.-II.pdf> (visitado el día 20/11/20 a las 19:00 hs.)

- <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/planteamiento-tema-37761674>
(visitado el día 15/06/20 a las 18:00 hs.)

- <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presunciones-37761728#:~:text=D'Ors%2083%2C%20las%20presunciones,en%20partir%20de%20una%20probabilidad>. (visitado el día 17/06/20 a las 18:00 hs.)

- <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 20/09/20 a las 19:00 hs.)

- <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 21/09/20 a las 18:50 hs.)

-<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 21/09/20 a las 18:50 hs.)

-<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 02/01/2021 a las 22:00 hs.)

-<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> (visitado el día 15/11/20 a las 18:50 hs.)

- <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA>
[A. pdf](#) (visitado el día 13/06/20 a las 18:00 hs.)

- <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA>
[pdf](#) (visitado el día 13/06/20 a las 18:00 hs.)

- <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA>
[pdf](#) (visitado el día 13/06/20 a las 18:00 hs.)

- <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA>
[pdf](#) (visitado el día 13/06/20 a las 19:00 hs.)

- <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%C3%93N%20Y%20PENSI%C3%93N%20ALIMENTICIA>

A. [pdf](#)(visitado el día 13/06/20 a las 19:00 hs.)

-<https://revistaiusnovum.files.wordpress.com/2017/05/7.pdf> (visitado el día 28/12/2020 a las 18:00 hs.)

-<http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/download/116/41>(visitado el día 04/01/2021 a las 20:00 hs.)

-<https://revistaiusnovum.files.wordpress.com/2017/05/7.pdf>
(visitado el día 28/12/2020 a las 18:00 hs.)

-<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/16578/13677>
(visitado el día 06/01/2021 a las 17:00 hs.)

- <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/principiodeigualdadprocesalenmateriaprobatória> (visitado el día 31/12/2020 a las 10:00 hs.)

-<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

-<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

-<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

-<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 04/01/2021 a las 18:00 hs.)

-<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 12/11/20 a las 17:30 hs.).

-<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 12/11/20 a las 18:00 hs.)

-<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> (visitado el día 13/11/20 a las 18:30 hs.)

- <http://www.ataun.eus/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Alfonso%20X/Las%20siete%20partidas.pdf> (visitado el día 12/10/20 a las 20:00 hs.)

- <https://www.weldialcom.eu1.proxy.openathens.net/nuevo/resultadosdetalladoctrina.asp?id=12049&base=50&resaltar=testigo,unico,testigo,testigos,unicamente,%FAnicamente,unicas,%FAnicas,unico,%FAnico,unicos,%FAnicos> (visitado el día 17/06/20 a las 21:00 hs.)
- <http://www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistasicdp/article/download/288/pdf> (visitado el día 17/06/20 a las 19:00 hs.)
- <http://www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistasicdp/article/download/288/pdf> (visitado el día 17/06/20 a las 19:00 hs.)
- <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/prueba/prueba.htm> (visitado el día 18/09/20 a las 19:00 hs.)
- http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf (visitado el día 18/06/20 a las 19:00 hs.)
- [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20\(materiales\)\[1\].pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20(materiales)[1].pdf) (visitado el día 27/12/2020 a las 20:00 hs.)
- <http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/morello,%20augusto%20-%20la%20prueba.pdf> (visitado el día 30/12/2020 a las 21:00 hs.)
- <http://www.saij.gob.ar/DACF200163> (visitado el día 01/01/2021 a las 19:00 hs.)
- [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20\(materiales\)\[1\].pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=28916&n=Curso%20en%20el%20IEJ%20de%20la%20SC%20Bs%20As%20(materiales)[1].pdf) (visitado el día 27/12/2020 a las 20:00 hs.)
- <https://www.dgrcorrientes.gov.ar/rentascorrientes/consultarContenido.do?categoria=51&idContenido=609> (visitado el día 04/01/2021 a las 16:00 hs.)
- <https://www.digestosanjuan.gob.ar/Leyes/escaneadas/48149/LP-7714-2006.pdf> (visitado el día 04/01/2021 a las 21:30 hs.)
- http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf (visitado el día 14/11/20, 19:00hs.)
- <http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-principios-rigen-justicia-protectora-acompanamiento-dacf190133-2019/123456789-0abc-defg3310-91fcanirtcod?&o=191&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20constitucional%5B3%2C1%5D%7COr>

[ganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=2606](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf) (visitado el día 14/11/20, 21:00 hs.)

- http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf (visitado el día 15/11/20 a las 19:00hs.)

-Jurista italiano, es reconocido como uno de los mayores exponentes de la doctrina jurídica procesal italiana.

-Jurista y académico argentino especialista en derecho procesal civil.

-Morello, Augusto (2001). **La prueba. Tendencias modernas**. La Plata, Ed. Platense-Abeledo-Perrot. Pág. 274.

-Morello, Augusto (2001). **La prueba. Tendencias modernas**. La Plata, Ed. Platense-Abeledo-Perrot. Pág. 274.

-Morello, Augusto, Sosa, Gualberto, Berizonce, Roberto (2004). **Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados**. La Plata, Ed. Platense Abeledo-Perrot. Pág. 140.

-Morello, Augusto (2001). **La prueba. Tendencias modernas**. La Plata, Ed. Platense-Abeledo-Perrot. Pág. 274.

-Morello, Augusto (2001). **Al final de una época**. La Plata, Ed. Platense. Pág. 45.

-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.

-Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág.503-504.

-Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 513-515.

-Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 516.

-Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág.542-54

-Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 516.

-Palacio, Lino (1990). **Derecho procesal civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág.263.

-Palacio, Lino (1990). **Derecho procesal civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 268-269.

-Palacio, Enrique (2016). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Pág. 516.

-Puceiro, Enrique (2007). **Interpretación de la ley**. Buenos Aires, Ed. La Ley. Pág.53-54.

-Por mayoría, dejó sin efecto la sentencia, y mandó dictar un nuevo pronunciamiento.

-Suscriben los Jueces Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert.

-Taruffo, Michele (2005). **La prueba de los hechos, traducción de Jordi Ferrer Beltrán**. Madrid, Ed. Trotta. Pág. 242.

- Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez. Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715.
- Voto de los jueces Carlos Fayt y Adolfo R. Vázquez. Fallos: Tomo:322 Folio:726.
- Voto del juez Adolfo R. Vázquez. Fallos: Tomo:320 Folio:27