

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

Prior judicial communication as a requirement established in art. 1735 of the CCCN for the application of the dynamic burden of evidence. Guarantees of equality before the law and due process

Autora: Constanza Pastori

Carrera: Maestría en Derecho Procesal

E-mail: cotypastori@hotmail.com

Resumen

Si bien la justificación, utilidad y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba se encuentra consolidada, la sanción del art. 1735 en el CCCN que contempla la comunicación judicial como requisito de su aplicación generó polémica y gran incertidumbre en todos los operadores del derecho. Ante la falta de regulación expresa respecto de la etapa procesal para efectuarla y brindar a las partes la oportunidad de ofrecer y producir los “elementos de convicción que hagan a su defensa”, se propone en este artículo fijar pautas a fin de determinar el alcance de la norma. Ello, procurando unificar criterios que resguarden las garantías constitucionales involucradas, sin perder de vista que la interpretación de la ley debe orientarse al cumplimiento de los fines y propósitos perseguidos con su implementación, considerando al

ordenamiento jurídico como un todo coherente y sistemático. De lo contrario, se acentuaría aún más la desigualdad que se pretende evitar y se afectaría la seguridad jurídica que el legislador intentó resguardar con su sanción.

Palabras clave: Carga dinámica de la prueba, garantías constitucionales, comunicación judicial, igualdad ante la ley, debido proceso.

Abstract

Although the justification, utility and application of the theory of the dynamic burden of evidence is consolidated, the sanction of art. 1735 in the CCCN, which considers judicial communication as a requirement of its application, generated controversy and great uncertainty in all operators of law. In the absence of express regulation regarding the procedural stage to carry it out and give the parties the opportunity to offer and produce the "elements of conviction that they make to their defense", it is proposed in this article to set guidelines in order to determine the scope of the rule. This, seeking to unify criteria that safeguards the constitutional guarantees involved, without losing sight of the fact that the interpretation of the law must be oriented to the fulfillment of the aims and purposes pursued with its implementation, considering the legal system as a coherent and systematic whole. Otherwise, the inequality that is intended to avoid would be further accentuated and the legal security that the legislator tried to safeguard with its sanction would be affected.

Key words: Dynamic burden of proof, constitutional guarantees, judicial communication, equality before the law, due process.

I. Introducción

La aplicación práctica de la teoría clásica de la carga de la prueba según la cual “quien alega un hecho debe probarlo” evidenció coyunturas al observarse resultados indeseados. Paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la “carga dinámica de la prueba” que afloraban del propio dinamismo ínsito en el

proceso dejando de lado la visión estática en la que, indefectiblemente, tenía la carga de probar quien afirmaba la existencia del hecho controvertido.

De este modo, se abre margen a ciertas situaciones en las que se distribuye la carga de la prueba atendiendo a la posición en que se encuentran los sujetos con relación a la posibilidad de suministrar el elemento probatorio. Es que la carga dinámica “constituye una regla de distribución de la carga probatoria caracterizada por gravar al litigante que se encuentre en ‘mejores condiciones de probar’, con la responsabilidad de acreditar el hecho de que se trate, o en caso contrario, correr el riesgo de no triunfar en el litigio” (Ferrer, 1996: 590). Así, las reglas clásicas se complementan o perfeccionan, flexibilizando su aplicación en todo supuesto en que quien debía probar, según la concepción tradicional, se halle imposibilitado de hacerlo por motivos ajenos a su voluntad (Peyrano, 1981).

En definitiva, con ella se busca evitar que la aplicación de reglas inflexibles impidan el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de oportunidades cuando existan situaciones de desequilibrio entre las partes, y, de tal modo, la decisión que se obtenga no corresponda con la verdad y la justicia. Pensemos, ante un caso de mala praxis, lo difícil que sería para un paciente acreditar qué sucedió dentro del quirófano. Pues claro está, el galeno es en esta situación quién se encuentra en mejores condiciones de acreditar la inexistencia de responsabilidad alguna. Como se advierte, el desequilibrio a que se hace referencia radica en que, por un lado, sobre una de las partes pese la imposibilidad material, o significativa dificultad, de aportar la prueba de los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue por cuestiones extrañas a su voluntad. Por otro, en la facilidad de la contraria o razonable posibilidad para obtenerla.

Hasta la sanción del nuevo CCCN no se contó con una norma específica que recepte la teoría, pero se aplicaba al fallar como derivación de las reglas de la sana crítica racional en materia de valoración de la prueba. En esta oportunidad procesal, es decir, finalizado el litigio, que el juez realizaba un análisis *ex post* de las conductas de las partes vinculadas a la posición probatoria de cada una y en casos excepcionales en que la teoría clásica conduciría a un resultado injusto, echaba mano a la carga dinámica atendiendo a la mejor condición en que una de las partes se encuentra respecto de la acreditación de un determinado hecho, independientemente de quien lo alegó, frente a la imposibilidad o extrema dificultad de la otra, trasladando las consecuencias disvaliosas que trae aparejada su falta de diligenciamiento.

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

En respuesta a ello, con la finalidad de disminuir la litigiosidad y conferir seguridad jurídica (Fundamentos del proyecto Lorenzetti- Highton- Kemelmajer), el Código Civil y Comercial de la Nación recepta este criterio de valoración de la prueba y conducta procesal, dejando de ser una construcción teórica y doctrinaria para resultar ahora ley positiva en el art. 1735. Es así que dentro del ámbito de la responsabilidad civil el nuevo cuerpo normativo establece: *“Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”*.

Como regla general el Código fija que tanto los factores de atribución como las eximentes sean probados por quien los alega (art. 1734). Dicho principio se ve atemperado por la norma en estudio que consagra la facultad judicial de distribuir la carga de la prueba atendiendo a quién se encuentre en mejor situación para aportarla, sobre las circunstancias del caso y con independencia de la posición de actor o demandado de las partes. También estipula que el juez durante el proceso comunique a las partes que aplicará este criterio a fin de resguardar su derecho de defensa. Ante tal situación, se encuentran satisfechos quienes sostienen que la comunicación judicial previa evita un desequilibrio procesal y la posible conculcación del derecho de defensa respecto de quien, a la postre, resultará gravado con la carga que por efecto del dinamismo se trasladó sobre su cabeza.

Parte de la doctrina afirma que la oportunidad procesal de la comunicación será luego de trabada la litis en el decreto de apertura a prueba (Salim, 2015), dejando a salvo los casos en que la prueba se ofrezca con la demanda o contestación en los que el juez deberá usar sus atribuciones y ordenar el proceso (Rivera, Medina, 2015). No obstante, algunos no logran visualizar de qué modo tan tempranamente el magistrado podría predicar que va a utilizar la teoría de la prueba

dinámica, si en ese estadio todo el material probatorio se encuentra pendiente de producción: tan premura comunicación haría incurrir al magistrado en prejuzgamiento (Baracat, 2015).

En otras palabras, se critica que, antes de estudiar la causa, el juez no sabe si podrá fallar aplicando las reglas clásicas o si el contexto del asunto y la situación de las partes alteran el peso probatorio de otra manera. Por lo común, ello sucede al momento de dictar sentencia resultando impracticable que el magistrado aleccione antes respecto de cómo fallará en defecto de alguna acreditación. En su caso, “si el juez resuelve aplicar la teoría permitiría la ampliación de la prueba ofrecida y por tanto la reedición de la etapa de prueba con grave prolongación de los procedimientos” (Kielmanovich, 2014: 1) lo que llevaría a una posible violación de la economía, la preclusión procesal, el debido proceso, la defensa en juicio y la igualdad ante la ley.

De otro costado, autorizada doctrina sostiene que el anuncio judicial previo constituye un adelanto de opinión sobre el sentido de la resolución según sea el proceder de las partes respecto de la prueba, frustrando la ecuanimidad judicial y la bilateralidad del proceso.

Si el juez no anticipa que aplicará las cargas dinámicas, surge (supuestamente) el riesgo de nulidad de su sentencia por infracción al precepto; pero también si lo hace, porque vulnera la garantía defensiva del contendiente en situación opuesta a quien ha sido “advertido” sobre que debe presentar elementos de convicción para no correr el peligro de un pronunciamiento negativo (arts. 16 y 18 CN). (Zavala de González-González Zavala, 2015: 344).

En suma, si bien para algunos (Herrera-Picasso, 2015) corre por cuenta de los magistrados arbitrar las medidas necesarias para adaptar el procedimiento local a los requisitos que mencionaremos que deben cumplirse; para otros la comunicación judicial previa lesiona doblemente la garantía de igualdad defensiva: confiere a uno de los litigantes el privilegio de saber qué decidirá el juez si no prueba, favoreciendo aún más su condición preeminente, y no abre margen ninguno de gestión superadora para quien antes y después de ese aviso, está impedido de probar (Zavala de González, 2015).

II. Objetivos

El presente artículo trata de dilucidar los interrogantes que plantea la comunicación anticipada del criterio judicial prevista en el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación para la aplicación de la carga dinámica de la prueba. En particular, y como objetivo general de investigación, se precisará en qué oportunidad procesal debe el juez comunicar su criterio respecto de la distribución de la carga de la prueba y determinará si esta comunicación viola las garantías de igualdad ante la ley y debido proceso establecidas en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional.

Con esa finalidad, y como parte de los objetivos específicos, resulta necesario analizar las diferentes alternativas que surgen en respuesta a la aplicación práctica de la norma: respecto de los elementos de la responsabilidad objeto de prueba a los que refiere y su posible extensión a otros supuestos, si la comunicación anticipada constituye una facultad judicial o una obligación de necesaria observancia, forma de hacerla efectiva y consecuencias de su no aplicación, procurando llegar a una conclusión que establezca si configura un adelanto de opinión, afecta o resguarda las garantías constitucionales involucradas.

Además, el hecho de que cada vez sea más acentuada la preponderancia (técnica, profesional, fáctica, económica) de algunos litigantes frente a otros, resalta la dificultad de estos en el acceso a la prueba. Ante ello, la realidad demuestra que la situación de excepción cada vez se impone más (carga dinámica), lo que amerita, como objetivo, la formulación de lineamientos específicos respecto de la interpretación de la previsión, considerando el papel protagónico que el nuevo Código le asigna al juez en su carácter de director del proceso y en virtud del cual los estudiosos del derecho sostienen que estamos en “la era de los jueces” y regidos por un “código para los jueces”. En este ámbito, las mayores facultades concedidas por la ley, en muchos casos justifica el accionar judicial en la “pertinencia” o “ponderación” lo que implica que, a veces, el rol activo sea peligroso si no se cuenta con pautas claras.

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

III. Aspectos metodológicos

Se realizó un análisis de lo que entiende la doctrina y la jurisprudencia acerca de la carga dinámica de la prueba determinando cuáles son sus condiciones y en qué casos se aplica. A esos fines se consultaron libros y revistas especializadas como así también las bases de datos jurisprudenciales disponibles.

Asimismo, se realizó un análisis dogmático respecto de la comunicación judicial previa, específicamente intentando determinar el alcance de la norma que faculta al juez a comunicar, previo al dictado de la sentencia, la aplicación de la carga dinámica de la prueba, estableciendo si existe o no un problema sistémico en nuestro ordenamiento y, en particular, si hay contradicciones. Para ello, se tiene en cuenta la finalidad de la norma y la intención de legislador, poniendo especial énfasis en los fundamentos del proyecto del CCCN y en los debates parlamentarios. Por otro lado, se corroboró si se efectiviza la comunicación judicial previa en los distintos juzgados civiles comparando de qué forma y en qué oportunidad procesal la realiza cada magistrado.

Finalmente, se verificó la factibilidad de dictar sentencias válidas en ausencia de la comunicación prevista, procurando llegar a una conclusión respecto de la constitucionalidad de la norma y resguardo de las garantías constitucionales involucradas.

IV. Resultados

Interpretación de la norma

El art. 1, CCCN, determina que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, de conformidad con la Constitución y los tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, poniendo especial énfasis en la interpretación teleológica como criterio rector al establecer que, a tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. En tanto, el art. 2 ib. reitera que la interpretación de las normas debe ser realizada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. La respuesta de cómo el magistrado habrá de arribar a esta coherencia del

ordenamiento en todos sus niveles, provincial, nacional y convencional, está dada en el art. 3: mediante una decisión razonablemente fundada.

En pocas palabras, los interrogantes que se planteen respecto de la aplicación de la ley, y puntualmente el tema que nos ocupa, deberán ser despejados según los estándares de los arts. 1.º, 2.º y 3.º del código. La decisión del juez sobre el particular deberá: 1) estar “razonablemente fundada”, 2) respetar “los derechos humanos”, 3) tener en cuenta “los principios y valores jurídicos” y 4) ser “coherente con todo el ordenamiento”. Asimismo, resulta vital conocer la intención del legislador a efectos de atribuir al artículo el significado más acorde a su finalidad objetiva, suponiendo que fue dictado como un medio o un instrumento del legislador para alcanzarla (interpretación teleológica). Con ese propósito se suele hacer referencia a los debates parlamentarios, exposición de motivos y elementos preparatorios de la norma.

Investigando sobre el punto, surge de los fundamentos del anteproyecto que luego de explicar la regla de la carga de la prueba para quién alega el factor de atribución, se sostiene que la misma *“puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla [...] Uno de los problemas que se ha discutido en relación a esta última posibilidad, es que las partes recién conocen esta decisión del juez al dictar la sentencia, con lo cual puede ocurrir que la parte demandada sufra un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía”*.

De tal modo, se hace eco de la réplica referida al hecho de que con anterioridad a la sanción del nuevo código los jueces aplicaran el dinamismo directamente en la sentencia. Pues al no haber podido la parte sobre la que se imponía la carga producir prueba a su favor, se sostenía que la controversia era decidida sobre la base de una realidad ficticia en la que se echaba mano a presunciones, es decir, con sustento en una verdad formal. Por tal razón, continúa, *“se señala que el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio”* (sic. fundamentos del anteproyecto)¹.

¹ Presentados por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto

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

Aplicación facultativa o vinculante

En cuanto a su aplicación facultativa o vinculante, el art. 1735 se titula “facultades judiciales”, lo que revela cierta intención legislativa de conferir una potestad discrecional y no una atribución vinculante. Ahora bien, la facultad, consideramos, se refiere a la posibilidad de distribuir la carga de la prueba ponderando qué parte se halla en mejor situación para aportarla. Pero, una vez analizada la situación y verificadas las circunstancias excepcionales que habilitan a apartarse de los postulados clásicos, esa facultad ya no es tal, sino que se transforma en una obligación.

Repárese entonces que el magistrado se limitará a estudiar las circunstancias del caso y sus situaciones particulares ponderando la posición de las partes, debiendo desde allí analizar si se configura el supuesto establecido en el art. 1735. Es decir, su aplicación residirá en verificar que en el caso se esté ante una particular dificultad probatoria. Verificados tales extremos, devendrá naturalmente aplicable lo dispuesto por el 1735 y no cabrá lugar a mayor discrecionalidad judicial dado que la facultad se limita al análisis razonable de la situación y al encuadre de la carga dinámica al caso concreto. Luego, ya no se trata de que el juez distribuya la carga probatoria, sino que ésta se encuentra distribuida en función de principios constitucionales y valores incuestionables (igualdad, verdad, buena fe, justicia real).

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

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

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

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

Comunicación judicial. Carácter facultativo u obligatorio del aviso previo

Verificado por el magistrado que el caso sometido a su decisión encuadra en el supuesto excepcional de carga dinámica, surge el interrogante de si la comunicación judicial dispuesta resulta un requisito de inexorable cumplimiento o si, por el contrario, en nada afecta que se omita dicha circunstancia.

Entendemos que las diferentes respuestas que surgen radican inicialmente en los términos que utiliza el art. 1735 al establecer que el juez “debe comunicar” a las partes que aplicará el criterio, pero antes comienza la oración diciendo “si lo considera pertinente”. Más allá de lo poco feliz de la redacción, consideramos que la cuestión sugiere la necesidad de practicar la

comunicación judicial como requisito previo a la aplicación de la carga dinámica al resultar tal decisión una excepción a la regla probatoria establecida en el art. 1734, CCCN. Es decir que, si el magistrado entendiera que deviene aplicable (lo que hasta aquí es, con el alcance que dijimos, una facultad discrecional) entonces sí será un deber anotar a las partes de ello durante el proceso y en una oportunidad adecuada para que se adopte una conducta acorde.

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

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

En función de lo expuesto se concluye que el juez no podrá acudir a la herramienta en la sentencia, bajo pena de nulidad, si previamente como requisito *sine qua non* no comunicó oportunamente y de manera motivada a las partes y permitió el ofrecimiento y producción de prueba suplementaria. Si se aplica la inversión en la sentencia, será susceptible de configurar un agravio que permita su revocación dada la imposición de un requisito de insoslayable cumplimiento que ahora impide considerar a la aplicación de la carga dinámica como el resultado de la valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional. Tal interpretación afianza la previsibilidad y deja aclarado a qué deben atenerse las partes.

¿Qué se debe comunicar? ¿Cuándo? ¿Cómo?

Determinado entonces, a nuestro entender, que la disposición normativa prevé la necesidad del aviso previo; el siguiente punto a despejar es en qué oportunidad procesal habrá el juez de comunicar (¿cuándo?). Si bien también habremos de buscar solución a los interrogantes del contenido de la comunicación (¿qué se debe comunicar?) y a la manera en que se habilitará a las partes a ofrecer y producir la prueba respectiva, con la debida antelación (¿cómo?).

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

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

A los fines de una correcta interpretación no debe dejarse de lado la actuación requerida a los jueces, el avenimiento de la oralidad y la reformulación de los principios procesales. En los despachos ya no hay magistrados que se interiorizan del expediente solo al fallar, vemos jueces involucrados, inmiscuidos y con un conocimiento y análisis particular de los casos que en la medida de las posibilidades permite advertir este tipo de cuestiones. Éste es el nuevo perfil de juez que se demanda y requiere, y si bien el precepto no alude a una etapa procesal o a un trámite determinado, sí prevé que la comunicación deba vertirse y ello “durante el proceso” por lo que

cuanto antes se analice el contexto del asunto, sus contingencias y la situación, será mejor. Claro está que habrá de serlo con anterioridad a la decisión y de manera justificada, invocando motivación especial referida a la presencia de las circunstancias de hecho y de derecho que la tornan procedente, lo que no se satisface con la mera referencia a los textos legales y citas doctrinarias, pues debe proporcionar a las partes pautas claras.

Por otro lado, cabe afirmar que el comunicado si bien necesario, no resulta vinculante dado que a la postre se podrá decidir aplicando las reglas clásicas y, además, habrá de expresarse mediante una decisión razonablemente fundada para posibilitar a las partes cuestionarla. Asimismo, cabe la posibilidad de que la comunicación sea advertida de oficio o que también las partes puedan solicitar un pronunciamiento al respecto lo que redundara en beneficio de todos los contendientes dado que conocerán las reglas a las que habrán de someterse.

Oportunidad. Propuestas procesales.

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

De lo expuesto se sigue que el trámite a los fines de hacer efectivo el deber impuesto queda librado al criterio del magistrado y de allí la incertidumbre que genera la falta de una norma procesal que lo aleccione al respecto, y también a las partes. Ello implica que el justiciable desorientado vacile entre tantas posibilidades como jueces haya debido a la multiplicidad de criterios que puedan surgir. Sin embargo, la cuestión está evidenciado una paulatina unificación mediante los protocolos de gestión de los procesos civiles orales que se vienen dictando en las distintas provincias en el marco del cumplimiento de los objetivos del Programa Justicia 2020 y en forma gradual.

Siendo que lo importante es que la comunicación se produzca antes de la producción de la prueba, la propuesta principal, y entendemos óptima, es que la misma se efectivice en una audiencia preliminar, que si bien no ha sido incorporada en los códigos de rito de todas las provincias, está cobrando protagonismo con la oralidad del proceso civil que implica que el magistrado purgue y oriente la actividad probatoria fijando tareas en conjunto con las partes para su producción. Lo que era inimaginable empieza a palpase como resultado de un plan en el que todos intervienen y cumplen un rol proactivo tendiente a generar agilidad en el proceso a fin de la obtención de una respuesta jurisdiccional rápida y económica que beneficie a todos.

En este marco, en la audiencia preliminar la tarea del juzgador comprenderá además de intentar arribar a un acuerdo, si no se logra: proveer las pruebas que sean pertinentes, conducentes y útiles, para luego proponer un plan de trabajo y gestión respecto de las admitidas, de manera que las partes asuman un compromiso con su producción oportuna. De allí se advierte que el juez procede como un cabal director del proceso y lo organiza, junto con las partes, implementando un plan de trabajo. Asimismo, corresponde evaluar en dicha instancia, si cabe aplicar la carga dinámica y comunicárselo a las partes (art. 1735). En este sentido, Córdoba, en el año 2018, mediante la Ley 10.555 modificó el procedimiento para juicios abreviados de daños y perjuicios estableciendo el proceso oral por audiencias disponiendo en el art. 3 inc. f) que en la audiencia preliminar el juez *“De acuerdo a la naturaleza las cuestiones a probar y la legislación de fondo, podrá distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla”*. Es decir, mediante tal estipulación, el legislador brinda una respuesta concreta tendiente a dar forma a la disposición prevista en el art. 1735, CCCN.

Si bien la referida es la opción más conveniente, no desconocemos que nos circunscribimos a un cambio gradual en donde resulta coetánea la oralidad con los procesos escritos. En tal circunstancia, en los casos en que la prueba se ofrece después de la demanda y contestación (juicios declarativos ordinarios), entendemos que resulta mejor que la comunicación se efectivice luego de los escritos introductorios pero previo a la apertura a prueba para que los intervinientes reajusten sus ofrecimientos.

Lo dicho, sin perjuicio de que el magistrado pueda decidir la cuestión con un procedimiento más avanzado en la medida que la imposibilidad de acceso se configure. La norma es amplia y si bien el límite temporal establecido es *“durante el procedimiento”*, a medida que el

proceso más avance la decisión que se adopte será cuestionable y, en ocasiones, se puede estar supliendo negligencia, adelantando opinión o afectando la imparcialidad.

En aquellos códigos que prevé algún tipo de proceso abreviado en el que el ofrecimiento de la prueba se practica con la demanda y contestación, corresponderá al juez como director, tomar las medidas necesarias para otorgar un plazo o etapa adicional a fin de ordenar el proceso en atención a la norma de fondo sancionada y hasta tanto se unifique la modalidad cuando los códigos de rito formulen una propuesta concreta al respecto. Ello, sin permitir que sea una nueva oportunidad para salvar errores, con lo cual será ardua la tarea del Tribunal para pronunciarse respecto de la admisibilidad de la prueba. Ahora bien, en el supuesto que, con la demanda surja a todas luces que la teoría devendría aplicable, podría evitarse un paso al proveerse la misma y previo a que accionada evacúe el traslado, tome conocimiento de la situación.

Críticas a la comunicación judicial previa. Garantías constitucionales involucradas. Adelanto de opinión

Del modo que se dispuso la aplicación de la norma se cuestiona que el aviso previo configura una “advertencia” que significaría, así sea de manera indirecta, anticipo de opinión sobre el sentido de la sentencia dependiendo del proceder de las partes.

Resultan contradictorias las posturas en el sentido de que: una afirma que la relevancia de la disposición radica en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva en circunstancias en que el damnificado se encuentra imposibilitado de probar y su fundamento en resguardar la defensa en juicio, de quien tiene una carga que no debería afrontar. La otra, insiste en resaltar que su aplicación justamente afecta dicha garantía, la igualdad ante la ley y el debido proceso, de la parte que se encuentra en inferioridad de condiciones.

A fin de arribar a una conclusión al respecto y sin ánimo de explayarnos en este artículo sobre las cuestiones teóricas que engloban las garantías constitucionales involucradas, podemos sintetizar que la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN) consiste en que el justiciable disponga de oportunidad suficiente para participar con utilidad del proceso y para ello, siguiendo a Bidart Campos, resulta necesario: a) tener noticia o conocimiento del proceso y de cada uno de sus actos o etapas; b) ser oído; c) ofrecer y producir prueba. Cuando el proceso es contradictorio

tiene que sustanciarse conforme el principio de bilateralidad que asegura la participación de las partes y el conocimiento recíproco de los actos y etapas procesales, reflejando el cumplimiento del debido proceso y la sujeción de este a las formas sustanciales de la defensa en juicio.

Además, cabe poner énfasis en que el debido proceso debemos comprende el derecho a ser juzgado por un juez natural, imparcial e independiente de modo que sea factible para el justiciable acceder a una resolución justa y ajustada a derecho. Entonces, a los fines de determinar si efectivamente la comunicación judicial previa afecta la imparcialidad del juzgador habrá de verificarse si tal decisión pone en riesgo su objetividad en el modo de resolver y si ello apareja que no se mantenga ajeno a los intereses de las partes, como debería hacerlo.

A lo dicho cabe agregar que el debido proceso involucra la garantía de igualdad de las partes (art. 16 CN), que según lo definido por la Corte en reiteradas oportunidades implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos, 16:118, 123:106, 124:122). Es decir, igualdad no significa igualitarismo, pues “hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta para no incurrir en trato igual de los desiguales” (Bidart Campos, 1972: 207). La garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria. Y, en el sentido expuesto, no debemos olvidar que el fundamento constitucional de la carga dinámica de la prueba justamente finca en la garantía de igualdad al procurar evitar un sistema de “indiferencia de la diferencia”.

Constitucionalidad del art. 1735, CCCN

Sintetizadas las principales premisas en torno a las garantías constitucionales involucradas, debe destacarse que para cuestionar la constitucionalidad de una norma es necesario poner de manifiesto el agravio que de ella deriva y su relación directa e inmediata con las cláusulas constitucionales invocadas, de modo tal que se justifique adoptar una solución que constituye la *última ratio* del orden jurídico.

Tiene dicho la Corte que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo con el contenido de las demás; la inteligencia de sus

cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto (Fallos, 296: 432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las disposiciones constitucionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor la concierte y deje a todas con valor y efecto (Fallos, 324: 3219).

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

De otro costado, si entendiéramos que al practicar el aviso el juez lesiona la igualdad defensiva al ubicarse del lado de una de las partes, estaríamos olvidando las pautas centrales que habilitan a practicar una diferenciación de quienes no se encuentran en iguales circunstancias. Y la prevista es la única manera de compatibilizar y equilibrar la eventual modificación de la carga de la prueba con principios elementales del debido proceso proporcionando pautas claras, superando las objeciones del empleo indiscriminado de la teoría, concediendo una concreta apoyatura legal y contemplando un mecanismo para su aplicación resguardando, insistimos, el derecho de defensa.

En definitiva, estimamos que la regla sentada es constitucional considerada en su espíritu y los fines que persigue, y la razonabilidad como pauta para ponderar la distinción que efectúa se encuentra resguardada puesto que (como dijimos) las únicas desigualdades inconstitucionales son las desigualdades arbitrarias, y en el caso, no se evidencia la vulneración de la igualdad de las partes incursas en el proceso debido a la creación de un privilegio procesal.

La posición además encuentra apoyo en los numerosos protocolos de gestión que fueron surgiendo con posterioridad al 2015 en las distintas provincias, a consecuencia de la instauración de los procesos orales por audiencias de modo tal que brindan respuesta a la forma de efectivizar la comunicación dispuesta. Sumado a que evidencian que con la oralidad el órgano jurisdiccional adquiere especial protagonismo en la etapa probatoria del juicio liberándolo de formalismos rígidos y atribuyéndole poderes de investigación probatoria para el mejor conocimiento de los hechos, punto central en la formación de su convicción.

V. Reflexiones finales

Si bien en un principio no resultaba tan claro si la comunicación procesal previa violaba las garantías constitucionales de juez imparcial, debido proceso, igualdad ante la ley y defensa en juicio; luego de un estudio pormenorizado del tema resulta convincente la conclusión arribada respecto de que no solo la norma es constitucional sino que, a la luz del paradigma protectorio que inspira el nuevo código y del rol actual que debe cumplir el juez para administrar justicia, la disposición procura llegar a ella con respeto pleno al debido proceso y, concretamente, a la igualdad.

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

Así también pudo determinarse que resulta correcto que la norma prevea que la comunicación judicial a las partes lo sea mediante una decisión motivada, analizada en el caso particular, pormenorizada y desprovista de formulas genéricas. En función de ello y si bien antes

se admitía, hoy con la nueva disposición ya no es factible aplicar la carga dinámica como consecuencia de la sana crítica racional como forma de valorar la prueba, puesto que el incumplimiento de la comunicación afectaría la validez de la sentencia.

Lo antes dicho se condice con una interpretación a la luz del diálogo de fuentes, considerando al ordenamiento jurídico como un todo integral y potenciando la utilidad de la norma que surge como corolario de obtener la verdad de los hechos, que es condición, aunque no suficiente sí necesaria, para la justicia de la decisión.

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

En toda esta interpretación que se formula se tiene en cuenta que el Código Civil y Comercial enfatiza la actuación del juez en el marco del litigio con una tendencia hacia la oralidad, que además de regular distintos aspectos de la prueba exige un cambio de cultura organizacional en el trámite de los procesos judiciales, para acompañar la vigencia de los derechos sustanciales estatuidos en dicho ordenamiento legal. Permitir el proceso oralizado evita el retraso que genera el trámite escrito, incluso en temas como el analizado cuya propuesta óptima se basa en efectivizar el aviso previo en el marco de la audiencia preliminar.

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

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

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

Bibliografía

ALVARADO VELLOSO, A. (2009). *Sistema Procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. T. II.

BARACAT, E. (2015). *La doctrina de la carga probatoria dinámica en el nuevo Código*, LL RCCyC, 16/12/2015, p. 141.

BIDART CAMPOS, G., (1972). *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar.

EISNER, I. (1994). *Desplazamiento de la carga probatoria*, LL 1994-C, p. 846.

FERRER, S. (1996). *Carga probatoria dinámica: panorama actual y algunas precisiones*, Semanario Jurídico N° 1091, 30/05/96, p. 590.

HERRERA, M., CAMELO, G., PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus

KIELMANOVICH, J., (2014). *La carga dinámica de la prueba en materia de daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, LL-RCyS2014-X, Tapa. Cita Online: AR/DOC/3410/2014.

LORENZETTI, R., HIGHTON DE NOLASCO, E., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015). *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en “Cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011”

Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

PEYRANO Jorge W., CHIAPPINI Julio O. (1984) *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en *El Derecho*, T. 107, p. 1005 y ss.

RIVERA, Julio, C., MEDINA, G., ESPER, M. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. La Ley. Buenos Aires.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., GONZÁLEZ ZAVALA, R. (2015). *Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil*. *Semanario Jurídico* N.º 1995, 12/03/2015, p. 341.