

Néstor Cafferatta

**Secretario de Juicios Ambientales de la
Corte Suprema de la Nación de
Argentina - Profesor del derecho
ambiental de la Universidad Nacional
de Buenos Aires**



Comentario sobre el Principio de Estrasburgo no. 25: la carga dinámica de la prueba

El Acuerdo Regional de Escazú de 2018 sobre Acceso a la Información, Participación y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, para América Latina y el Caribe, establece en el artículo 8, que para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá: medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; asimismo, medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Es que la prueba del daño ambiental constituye una hipótesis de “prueba difícil” (PEYRANO), lo que determina que el magistrado interviniente debe adoptar una actitud proclive al FAVOR PROBATIONEN. Son posibles consecuencias de la existencia de una hipótesis de prueba difícil las siguientes: un aflojamiento del rigor probatorio, un inusual emplazamiento de las pruebas indirectas y eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias.

Estos litigios, requieren de un afinamiento de la tarea de las cargas y evaluación de la prueba, empeño de cooperación, y nivel de calidad y experiencia a cargo de los jueces. Los casos complejos/ difíciles, de trama de por sí enrevesada, laberíntica, ardua, de una ímproba tarea probatoria, demandan un reforzamiento del poder activo de iniciativa instructoria del juez; la adopción de un método eficaz de asunción y práctica de la prueba, que debe evitar valorar “en solitario”; una mayor flexibilidad, maleabilidad, elasticidad, en el principio de apreciación de la prueba.

Finalmente, el estudio de una causa de esos rasgos, exige al juez, una fase adicional de meditación, que no supe ni la experiencia ni el oficio adquirido en categorías de asuntos sustancialmente diferentes a los que nos ocupan.

De nada vale una severidad o dureza en la doctrina y jurisprudencia. MORELLO, señala que la realidad de la experiencia concreta aconseja como conveniente ajustarse a una interpretación finalista de los textos vigentes, adecuada a la exigencia de la “colaboración procesal”, para el logro de los mejores resultados de la Jurisdicción.

En la práctica ello se traduce en el acogimiento de las denominadas “cargas probatorias dinámicas”, lo que permite arribar a consecuencias similares y útiles, sin crear desigualdades injustificadas. La distribución de la tarea probatoria -que no es excluyente sino “compartida”- a tenor de las posiciones y posibilidades de satisfacerla de manera más adecuada y eficaz

responderá a la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Es necesario, en el ámbito de la especialidad (daño ambiental) flexibilizar reglas procesales, con pragmatismo, adecuar los criterios de la distribución de la carga probatoria, haciéndola dinámica – llegando a la inversión –, a tenor de las circunstancias especiales que condicionan y neutralizan el uso de las guías que son – o parecen ser y se tienen por tales – regla de esta asignatura.

Asimismo, los avances de la ciencia procesal se van cubriendo de aperturas y sagaces flexibilizaciones técnicas mediante las cuales el paso vivo de la sociedad ve facilitada las respuestas de los jueces, acomodando a otros usos y diferentes modos la actuación colectiva de la defensa en juicio, que permiten armonizar lo nuevo de lo sustancial del Derecho con las lógicas adaptaciones de lo instrumental.

La inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba, son procedimientos que se alojan en el Modelo de la Justicia de Protección o de Acompañamiento: de grupos vulnerables, los derechos humanos en asuntos ambientales, de la salud, calidad de vida, de los menores, las comunidades indígenas, los ancianos. Tiene por objetivo, garantizar la igualdad “de armas”, en el proceso judicial. Es además, una adaptación ante nuevas realidades litigiosas. La consagración de la inversión probatoria, cuando hubiera lesión a los derechos humanos, por omisión o actividad que esté dentro de la responsabilidad o supervisión de una autoridad pública, incluidas las actividades realizadas por actores privados, se inscribe dentro del deber de colaboración (buena fe) en el ámbito de la prueba. La inversión o desplazamiento de la carga probatoria, se justifica por las circunstancias del caso, con la consecuencia de poner a cargo del Estado producir las pruebas convincentes que demuestren que no existe lesión a los derechos humanos de la presunta víctima.

La regla de la carga de la prueba distribuye el riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba, es decir establece cuál de las partes corre el riesgo que no sea satisfecho el onus probando respecto de determinado hecho controvertido. La regla áurea, clásica, de todo el aparato distributivo de la carga probatoria, es quien afirma, debe probar.

Esta regla, sin embargo, no debe aplicarse de manera rígida. Tratándose de casos complejos, de prueba difícil o engorrosa, o en supuestos de evidente omisión o actividad, del Estado o los particulares, cuando hubiere lesión a los derechos humanos en asuntos ambientales, se predica la necesidad de invertir la carga probatoria, o aplicar la carga probatoria dinámica.

La inversión de la carga de probatoria y las cargas probatorias dinámicas encierran una flexibilización de las reglas ortodoxas de distribución de la carga probatoria. El Código Civil y Comercial ley 26944, de la Argentina, introduce la regulación de las cargas probatorias dinámicas, en los artículos 710 (ámbito el Derecho de Familia) y 1735.

La doctrina judicial ha dicho que el principio de la buena fe, conduce a exigir la producción de la prueba a aquellas de las partes que se encuentra en mejores condiciones (técnicas y económicas) de lograrla. El sistema de las cargas probatorias dinámicas configura un principio procesal de buena fe, conforme al cual quien se encuentra en mejores condiciones para justificar el hecho constitutivo de su defensa debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa o transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos en la materia. La teoría de las cargas probatorias dinámicas, como constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución de la carga de la prueba, solo funciona cuando la aplicación rígida o mecánica de la ley, conduce a resultados disvaliosos o inocuos.

Néstor Cafferatta, julio 2023