

Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al art. 1735 del proyecto de unificación del año 2012

8 noviembre 2013 por [Ed. Microjuris.com Argentina Dejar un comentario](#)

Autor: Boragina, Juan C. – Meza, Jorge A. -

Fecha: 8-nov-2013

Cita: MJ-DOC-6494-AR | MJD6494

Sumario:

I. Carga de la prueba. Noción. Caracteres. II. El sistema de distribución de la carga probatoria vigente en nuestro derecho. Principio general. III. Excepciones a la regla general. IV. Obligaciones de medios asumidas por los profesionales. Carga de la prueba. Diferentes criterios. V. El proyecto de Código único del año 2012. Inversión sistemática de la carga probatoria de la culpabilidad en contra de médicos y abogados. Su inconstitucionalidad.

Doctrina:

Por Juan C. Boragina (*) y Jorge A. Meza (**)

I. CARGA DE LA PRUEBA. NOCIÓN. CARACTERES

Siguiendo en este tema al profesor DEVIS ECHANDÍA, definimos a la carga de la prueba como una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso probanzas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión y, paralelamente, establece a cuál de las partes le interesa la producción de la prueba para evitar consecuencias desfavorables a su interés procesal.

A partir de la referida definición tenemos perfiladas las características esenciales del instituto, a saber:

1) Se trata de una regla de juicio para el órgano jurisdiccional, dado que obliga a sentenciar, aunque mediara inexistencia o insuficiencia de prueba sobre determinado hecho litigioso. A su vez, le ordena resolver en contra de la parte que, teniendo sobre sí la referida carga, hubiera resultado omisora a ese respecto.

2) Paralelamente, significa una pauta de actividad para las partes, estableciendo cuál de ellas asume el riesgo de la derrota procesal ante la falta de producción de la prueba de los hechos litigiosos que debían hallarse demostrados en el litigio.

Es entonces que, a este respecto, la regla en examen señala a los contendores en primer término cuáles son los hechos litigiosos que deben ser probados en el proceso, y adicionalmente sobre quién pesa negativamente la orfandad o insuficiencia probatoria en relación a ellos.

Tanto el actor como el demandado están en plena libertad de cumplir o no con dicha carga, pero quien, teniéndola asignada sobre sí, hiciera caso omiso a la directiva legal asume el riesgo del dictado de una sentencia desfavorable fundada en la falta o insuficiencia de la referida prueba (1).

Es decir, a cuál de ellas debe adjudicarse la consecuencia negativa de la incerteza. Por tal razón, el instituto resulta independiente del sistema de valoración judicial de la prueba y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que los litigantes están obligados a desarrollar en el decurso del proceso.

3) Se trata de una regla necesariamente consagrada en la ley.

En efecto, ninguna legislación deja al arbitrio del intérprete la aplicación subjetiva de esta regla de decisión.

Por tal razón esta se encuentra «regulada en todos los códigos sustanciales y de procedimiento, expresa o tácitamente» (2).

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA VIGENTE EN NUESTRO DERECHO. PRINCIPIO GENERAL

El art. 377 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación y, asimismo, el art. 375 del CPCC de la provincia de Buenos Aires han receptado al respecto la denominada regla «normativa» (sustentada doctrinariamente por Leo ROSEMBERG y aceptada expresamente por autores de la talla de GUASP, MICHELLI, ARAGONESES, DE LA PLAZA y DEVIS ECHANDÍA).

A través de esta regla se pregona que quien fundamente su interés procesal en una o varias normas soporta la carga de probar los datos que constituyen los presupuestos fácticos contemplados en ellas.

O sea, que cada parte «debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoca como fundamento de su pretensión, defensa o excepción» (3).

Por ende, el actor debe demostrar que han acontecido en concreto los presupuestos de hecho incorporados a la norma fundante de su pretensión, mientras que el demandado debe probar los que fueran descriptos en los preceptos sobre los cuales haya enancado su defensa o excepción.

En lo sustancial, resultan semejantes los textos vigentes en los códigos procesales de Catamarca, Chaco, Chubut, Formosa, Entre Ríos, Misiones, Río Negro y San Luis.

La referida regla resulta entonces la columna vertebral del sistema distribuidor de la carga probatoria procesal en nuestro derecho positivo. Se trata, por ende, de un criterio normativamente estático de distribución de la carga de probar, en virtud de que no puede ser modificado por el órgano jurisdiccional, excepto la tipificación de una sentencia arbitraria por violación de los principios constitucionales de defensa en juicio, igualdad y propiedad de alguna de las partes.

A su vez, tal como se expondrá seguidamente, el parámetro sobre el que está estructurado el sistema reside en el «interés procesal de la parte», la que solo está cargada con la prueba de aquellos hechos abarcados por la norma sustentante de su posición en el proceso.

III. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

Sentado cuál es el principio general en nuestro derecho positivo, cabe manifestar que las únicas excepciones aplicables a la mentada regla general son:

1. Los hechos que, a pesar de hallarse contemplados en las citadas normas, no hubieran sido incorporados por las partes al litigio (arts. 34 inc. 4, 161 inc. 2 y 364 del CPCCN).

2. Los hechos no litigiosos, por haber resultado admitidos por cualquiera de los litigantes. El mentado reconocimiento del hecho invocado por la contraria debe ser expreso.

3. Los denominados 'hechos notorios'. Esta categoría involucra a «los hechos históricos o políticos, los accidentes geográficos y aquellos de cuya existencia dan cuenta los medios corrientes de difusión, siempre que sean conocidos y tenidos como verdaderos por la generalidad de las personas de mediana cultura en el lugar y el tiempo en que se desenvuelve el proceso. La circunstancia de hallarse incorporado al patrimonio de nociones comunes pertenecientes a cierto grupo social otorga a un hecho la calidad de notorio y excluye la posibilidad de que sea puesto en duda por el órgano judicial, o seriamente controvertido por el adversario de quién lo invoca» (4).

4. Los presumidos por la ley. Se trata de una inversión de la carga de la prueba establecida por disposición expresa del legislador quien, de ese modo, dispensa a la parte de demostrar los hechos que constituyen el presupuesto de la norma sobre la cual sustenta su acción o defensa. (ej. art 1113, párr. 2º parte segunda del CC con respecto a la adecuación causal entre el riesgo o vicio de la cosa y el conocimiento cuya reparación se demanda).

Las mencionadas en los acápites precedentes resultan ser de lege lata las únicas excepciones a la regla general de distribución de la carga de la prueba prevista en el art. 377 del CPCCN y sus similares provinciales.

5. Las presunciones 'hominis' o judiciales. Si bien se ha consagrado legislativamente un criterio general acentuadamente individualista y liberal del derecho procesal, al centrarse la distribución del onus probandi en el exclusivo interés de la parte, (5) este contiene resquicios solidaristas que permiten al juez, en determinadas circunstancias, prescindir de la regla general, facultándolo para invertir la mencionada carga probatoria prevista en el mencionado art. 377 y cctes. del CPCC.

En tal sentido debe meritarse «la importancia de las presunciones judiciales en ciertas materias específicas (como puede ser la responsabilidad contractual profesional) cuando por las circunstancias del caso, la prueba directa resulta extremadamente difícil o imposible de demostrar, o cuando acaece un hecho contrario al orden normal de los acontecimientos», (6) en la medida en que se reúnan los recaudos estatuidos por el art. 163, inc. 5, del CPCCN.

Es decir que, exclusivamente en tales hipótesis -o sea, resultando una «prueba diabólica» o habiéndose demostrado un daño «anormal» en relación con el tipo de prestación desarrollada en concreto por el deudor-, resulta posible que el órgano judicial amerite la existencia de una presunción en contra del demandado, decretando consecuentemente la inversión de la carga de la prueba respecto a determinados hechos litigiosos (ej. en relación al factor subjetivo de culpabilidad).

Del mismo modo, se encuentra facultado para considerar a la conducta reticente de cualquiera de las partes (art. 163, inc. 5, del CPCCN), como un indicio generador de una presunción judicial en contra de quien, violando ostensiblemente el deber de cooperación procesal, hubiera retaceado maliciosamente el aporte de elementos idóneos para la dilucidación del caso (7).

Consecuentemente, el actual sistema, aunque básicamente estático y destinado genéricamente para la satisfacción del interés procesal de cada una de las partes (art. 377 del CPCCN), presenta

herramientas de tinte solidarista que permiten al juez, en determinadas circunstancias específicas y aun a falta de presunciones normativas, proceder a la inversión de la carga probatoria mediante la generación de presunciones homini (8).

IV. OBLIGACIONES DE MEDIOS ASUMIDAS POR LOS PROFESIONALES. CARGA DE LA PRUEBA. DIFERENTES CRITERIOS

Hemos sostenido reiteradamente que, en materia de responsabilidad por incumplimiento contractual, la clasificación de las obligaciones en «de medios o actividad» y de «resultados o fines» tipifica la summa divisio de los sistemas subjetivos y objetivos aplicables en dicha área.

Como corolario de lo antes expuesto, fluye notoriamente que en las hipótesis de incumplimiento de los deberes calificados de actividad el factor de atribución del daño es el subjetivo de la culpabilidad.

Opuestamente, en las de resultado, el factor apositivo es la garantía. Como complemento de lo antes expuesto debe considerarse que en los últimos años ha sido tan avasallante el criterio de objetivación en materia de responsabilidad contractual que, en la actualidad, tanto en doctrina como en jurisprudencia, el sistema subjetivo resulta manifiestamente residual dado que solo se consideran como obligaciones «de medios» a los deberes primarios asumidos por los médicos (excepto en las especialidades de cirugía estética y anatomopatología) y abogados (por su actividad procesal en defensa de alguna de las partes) (9).

Es decir que la responsabilidad subjetiva negocial se halla en la actualidad acotada a la responsabilidad profesional de médicos y abogados -con las excepciones expuestas- por violación de las obligaciones de actividad asumidas frente a los acreedores de sus respectivos servicios.

Explicado ello, cabe entonces abordar el tema específico, cual es el de la distribución de la carga probatoria de dicho factor subjetivo, en las mencionadas áreas de la responsabilidad profesional de fuente contractual.

Adelantamos que a ese respecto se ha generado, desde mucho tiempo atrás, una ardua controversia.

Como consecuencia de ello efectuaremos seguidamente un pormenorizado análisis de los diferentes criterios que han sido históricamente sustentados a tal efecto:

1. Doctrina que impone la carga probatoria de la culpabilidad al actor, excepto presunción normativa en contrario

Pivotea la cuestión de la carga probatoria de la culpabilidad en dos nociones troncales.

En primer término, sostiene la plena vigencia de la clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado, excluyendo a estas últimas del campo de la responsabilidad subjetiva al resultar de aplicación en las mismas el factor objetivo de la garantía.

Adicionalmente, como corolario de sostener la «unidad ontológica del fenómeno resarcitorio» con independencia de la causa fuente generadora de la obligación, pregonamos la refleja uniformidad en cuanto a la distribución de la carga probatoria del factor subjetivo culpabilidad en los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual: en ambos ámbitos dicha carga pesa sobre el actor

como principio general salvo que, por razones de política legislativa, se hubiera sancionado una disposición normativa en contrario (10).

Ese ha sido el criterio prácticamente unánime imperante en doctrina y jurisprudencia hasta mediados de la década del noventa (11).

Hemos adherido enfáticamente a esta tesis (12).

En la referida obra hemos considerado que las únicas excepciones normativas que permiten de lege lata la inversión de la carga probatoria de la culpabilidad se referían al incumplimiento moroso (art. 509 in fine del CCiv) y al absoluto (por analogía con la disposición anterior, art. 16 del CCiv) (13).

Ello, claro está, sin perjuicio de las «presunciones hominis» antes citadas, para cuya aplicación el órgano judicial se encuentra también habilitado normativamente (art. 163 del CPCC) en los casos anteriormente mencionados.

Seguimos considerando que este es el criterio que debe aplicarse en cualquier futura reforma legislativa: es decir que la carga de la prueba del factor subjetivo debe pesar sobre el actor como principio general, generándose una presunción de culpabilidad normativa (arts. 509 y 16 del CCiv) exclusivamente en las hipótesis de incumplimiento absoluto o moroso de la prestación de medios asumida por los profesionales y judicial o en aquellos casos específicos en que la prueba resulte diabólica, acaezca un daño «anormal» o cuando el profesional viole maliciosamente el deber de colaboración procesal, escamoteando al proceso prueba decisiva que no puede dejar de tener en su poder (ej. historia clínica, expediente judicial, etc.).

2. Tesis que sustenta la inversión de la carga probatoria de la culpabilidad en materia de responsabilidad profesional. Su fundamentación

Por oposición al criterio tradicional antes expuesto surgió una corriente inversionista de la citada carga procesal de la culpabilidad en materia de responsabilidad profesional. Argumentando que el moderno derecho de daños tiene su centro copernicano en la protección de toda lesión injusta a un interés legítimo, se concluye que el criterio tradicional expuesto se encuentra a contrapelo de la finalidad básica del sistema. Ello, en virtud de la obvia limitación de posibilidades que tiene el damnificado en cuanto a la obtención concreta de los elementos probatorios demostrativos de la culpabilidad del deudor. Se sintetiza diciendo que para el acreedor del servicio profesional, víctima de un daño durante la prestación de dicho servicio, la prueba de la culpa del demandado se convierte en diabólica. Por lo tanto, imponerle dicha carga procesal en forma exclusiva es condenarlo anticipadamente a la pérdida de su pretensión resarcitoria.

Paralelamente, se consagra por vía procesal la impunidad del profesional.

Para evitar las mencionadas consecuencias negativas, se concluye que deben encontrarse mecanismos inversores de la carga probatoria aludida, consagrándose a tal efecto un criterio de favor victimae (14).

3. Teoría que sostiene la inversión limitada de la carga probatoria de la culpabilidad: daño anormal
Es el criterio indistintamente denominado como «prueba prima facie», (15) «Things speaks themselves» en los países del common law, (16) «Massime di speriienza» en Italia, «Faute

virtuelle» en Francia (17) o «Anscheinbeweis» en Alemania (18) según el cual la culpa se infiere iuris tantum ante la aparición de un daño que, de no mediar negligencia profesional, resultaría inexplicable de acuerdo con el orden normal de los acontecimientos.

Es decir, que la aparición de un daño «anormal» en relación al tipo de prestación asumida hace presumir la culpabilidad del solvens.

Como se observa, esta tesis limita el criterio inversor a la hipótesis puntual en que acaezca un daño «anormal», es decir, aquel que no tiene explicación objetivamente posible de acuerdo a las reglas de la lógica, de no mediar culpabilidad profesional en su génesis. Hemos considerado hace tiempo atrás que esta tesis -que se pretendió presentar en su momento como innovadora- nada nuevo aportaba al sistema vigente en la materia.

En efecto, sin necesidad de teorizar al respecto, nuestro derecho positivo permite al órgano judicial crear una presunción hominis inversora de la carga probatoria de la culpabilidad (art. 163 del CPCCN) ante la aparición de un daño carente de explicación lógica, de acuerdo con el orden normal de los acontecimientos.

La válvula de escape prevista en el ordenamiento vigente permite al juez consagrar dicha presunción de culpabilidad cuando no exista razón lógica que justifique la producción de un daño.

4. Tesis que propugna la inversión lisa y llana de la carga probatoria de la culpabilidad en materia de responsabilidad de los profesionales

Se han sostenido, para sustentar un genérico criterio inversor del factor subjetivo en materia de responsabilidad profesional, diferentes argumentos.

Algunos autores niegan -o al menos relativizan- la importancia de la clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado. Ello con diferentes argumentos como, por ejemplo, que se trata de una categorización discutida, no consagrada legislativamente, reflatada de modo exclusivo para resolver la cuestión de las responsabilidades profesionales, insegura al no saberse a ciencia cierta cuándo una obligación resulta de una u otra naturaleza, dogmática e invasora del campo procesal (19).

Las mismas voces, a las que se agregan otras desde el ámbito exclusivamente procesal, (20) descartan entonces que la aludida clasificación sea la piedra basal distributiva de la carga probatoria del factor subjetivo en materia de responsabilidad contractual.

Adicionalmente, sostienen que en materia de responsabilidad profesional es siempre el profesional, quien por poseer conocimientos científicos, en virtud de su calidad de experto, se encuentra en franca situación de supremacía contractual, la que luego, necesariamente, se refleja en el ámbito del proceso.

En virtud de ello, para restaurar el equilibrio alterado genéticamente debido a la asimetría preindicada, el derecho debe acudir en defensa del consumidor del servicio profesional consagrandolo, al respecto, una regla general de favor debilis, favor victimae o pro damnato.

Esta debe consistir en «una presunción general de culpa en contra del prestador profesional, quien entonces queda necesariamente compelido, en la puja litigiosa, a desvirtuarla mediante la prueba de la inculpabilidad si pretende exonerarse de responsabilidad frente a aquel».

Este criterio fue oportunamente receptado en el art. 1625 de la Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1987, vetada por el Poder Ejecutivo Nacional (21).

El mencionado precepto establecía en su apartado segundo que, en el ámbito de las obligaciones de medios comprometidas por el profesional, quedaba, en caso de controversia, a cargo de este la prueba de haber obrado «sin culpa» en los términos del art.514 (también reformado en dicha ley de unificación, en relación al texto vigente) (22).

La disposición de marras mereció la general aprobación de la doctrina nacional, que apoyó entusiastamente la reforma en tal sentido (23).

Opuestamente originó una reacción adversa entre los profesionales -en especial los vinculados con el área de la salud-, quienes se sintieron injustamente agredidos por la propuesta en tal sentido.

Ello acarreó una larga polémica, esgrimiéndose argumentos a favor y en contra de la iniciativa reformadora.

Entendemos por nuestra parte, y así lo hemos sostenido aunque en franca minoría dentro del contexto jurídico nacional que la normativa del señalado art. 1625 inc. 2 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial resultaba inconveniente desde el punto de vista técnico y manifiestamente injusta en relación al profesional demandado (24) dado que:

a. Significa la modificación arbitraria del objeto de la obligación de medios asumida por el deudor profesional

En efecto, este tipo de deber calificado se caracteriza por que el deudor se compromete a prestar una conducta diligente tendiente a la satisfacción del interés último del acreedor, pero sin garantizar su consecución.

Es decir, que in ejecución lo comprometido por el deudor es solo «diligencia prestacional» y no la «satisfacción del interés final del accipiens».

El médico compromete esfuerzo tendiente a la mejoría o cura del enfermo, pero sin garantizar dicho resultado.

El abogado también asume la prestación de actividad procesal diligente en defensa del interés de su cliente, pero no asegura el éxito en el litigio.

Ergo, en esta especie de deberes calificados el deudor cumple con el pago prestando conducta diligente. Inversamente, solo incumple cuando dicha prestación es opuestamente negligente.

Por lógica consecuencia, no puede considerarse «presuntamente culpable al prestador profesional, por el hecho de que a pesar de su esfuerzo diligente, no haya podido abastecer el interés final del accipiens».

En su virtud, manifestamos enfáticamente que toda presunción «categorizada» de culpabilidad que se sancione en contra del profesional por el solo hecho de ser tal significa en la práctica una real modificación sustancial del objeto de la deuda comprometida. Ello dado que, aun mediando una prestación diligente, la no obtención del interés final anhelado por el acreedor (no comprometido por el deudor en la etapa de la deuda, por ejemplo, muerte del paciente o derrota judicial del cliente) da origen automático a una presunción normativa de culpabilidad en contra del profesional del derecho o la medicina.

Cuando la conducta «de simple actividad»- típica de la obligación de medios- se presta efectivamente y dentro del plazo adecuado, no existe ninguna razón jurídica para presumir que el no logro del resultado -no garantizado- hubiera sido causado por culpa prestacional.

Consecuentemente, la inversión «sistemática» de la carga probatoria del factor subjetivo, implicado en este tipo de deberes calificados asumidos por médicos y abogados -prevista en el art. 1625 de la ley de unificación del año 1987 o cualquier otra que se proyecte con fundamentos diferentes, como el art. 1735 del proyecto de Código único del año 2012- tergiversa arbitrariamente el objeto de la obligación comprometida al convertir a la mera frustración del resultado (no asegurado por el deudor) en un indicio presuncional detonante de una automática inversión de la carga probatoria de la culpabilidad.

b. Entroniza una verdadera presunción de causalidad material

Ello, al atribuir prima facie la autoría del daño al profesional, por el solo hecho de que haya existido entre este y el reclamante un vínculo prestacional. En materia de relación causal, no puede jamás presumirse la causalidad «material», que debe ser invariablemente probada por el actor hasta en las hipótesis de responsabilidad objetiva (25).

En efecto, la demostración de la relación causal física entre el agente y el daño es un prius, que necesariamente debe demostrar el damnificado en cualquier sistema de responsabilidad.

En el caso sub examine, la inversión sistemática criticada por nosotros significa, adicionalmente, presumir también la autoría «material» del daño por parte del profesional, por la sola circunstancia de que no haya podido satisfacer el interés final del acreedor a pesar de su esfuerzo diligente (26).

c. Consagra una presunción anómala. Inconstitucionalidad

La filosofía que ha marcado el rumbo para proyectar la sanción de una norma como la antes citada ha sido la de consagrar para el caso una presunción «impropia» o anómala, independizada de toda regla de experiencia y de la propia naturaleza de la relación, adoptándose una mera «razón de política legislativa» que responde a la óptica de que debe «facilitarse» a ultranza al damnificado el acceso a la reparación, aun sin que exista en realidad responsabilidad por parte del profesional (27).

Consideramos que en el caso de entronizarse un tipo de «presunción impropia», contraventora de los principios de experiencia, debe ser calificada como inconstitucional, dado que resulta violatoria de las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio, de aquel en contra de quien ha sido arbitrariamente impuesta.

En efecto, toda presunción que no se funde en la lógica que impone la experiencia común de acuerdo con el curso habitual o normal de los acontecimientos afecta el principio rector de la justicia, a cuyo logro debe propender necesariamente el legislador para que el derecho cumpla con su fin supremo de pacificación social.

De allí la inconstitucionalidad derivada de la consagración de una presunción anómala o impropia como la consagrada en el mencionado proyecto.

d. No se limita a la consagración de un criterio procesal de colaboración con el órgano judicial

A pesar de la jerarquía científica y valor argumental de lo que sostienen prestigiosos autores, estimamos que no es acertado sostener que en la modificación propuesta en el art. 1625 de la ley de unificación de 1987 se pretendió solo incorporar un precepto de naturaleza procesal, «consagrándose una vía de cooperación para mejor atender la carga de probar, mediante la cual se desenvuelve funcionalmente el art. 377 CPC, el que viene a integrar».

Y que por lo tanto, desde el punto de vista sustancial, no se «habría querido alterar el régimen de responsabilidad civil de las profesiones liberales».

Entendemos, contrariamente y por las razones antedichas, que la reforma propuesta en tal oportunidad significaba una marcada mutación del régimen de responsabilidad dado que, reiteramos, aunque nos hallemos dentro del campo de la obligación de mera actividad, el no logro del resultado final anhelado por el acreedor -la cura de la enfermedad o el éxito en la contienda judicial- tornaría en automáticamente operativa una presunción de culpabilidad en contra del profesional.

De tal modo que cada vez que un profesional tenga ante sí a un acreedor de su servicio específico, intentando dar esforzada solución a un perjuicio real o potencial de este -generado materialmente con anterioridad a la contratación respectiva- estará ante el riesgo de – a pesar de cumplir con la diligente prestación comprometida, objeto de la obligación de medios- quedar automáticamente sentado como presunto culpable en el banquillo de los acusados, por el solo hecho de no haber podido lograr el resultado azaroso, jamás asegurado al destinatario de su labor.

e. A todo evento, consagraría indebidamente dicho deber general de colaboración, por el solo hecho de que una de las partes del contrato resultasen profesionales liberales

Hemos sostenido precedentemente que dentro de la visión solidarista del proceso -tendiendo a la salvaguarda del valor supremo de la justicia en el caso concreto- debe hallarse la consagración de un deber de colaboración, corporizado en imponer a las partes la carga de agregar al expediente toda prueba decisiva, que necesariamente tenga o debiera tener en su poder.

El referido deber impone al litigante que de manera ostensible -o en base a lo que resulte habitual de acuerdo con las reglas de la experiencia- se encuentre en dicha situación, la obligación de suministrar las referidas pruebas al órgano jurisdiccional.

Ello so pena de considerar su eventual reticencia como un indicio en su contra, generador de una presunción de culpabilidad.

Es en tal dirección que el art. 163, inc. 5, apdo. 2, del CPCCN estatuye que «la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones».

Es decir que, de acuerdo con las características específicas del caso sub examine -manifiesta violación del deber de colaboración, tipificante de temeridad procesal- el juez se halla facultado para considerar a dicha reticencia manifiesta como un indicio sobre cuya base construir una presunción de culpabilidad del infractor.

Hasta allí el criterio resulta valioso, dado que castiga a aquella parte que en un litigio «específico» viole el principio de buena fe, ocultando al órgano judicial prueba trascendente que deba poseer necesariamente en su poder.

Pero extender genéricamente dicho deber de cooperación sobre la base de considerar que los profesionales del derecho y de la medicina se hallarían en «mejores condiciones de probar» significa una nueva entronización de presunción anómala, en infracción a las garantías constitucionales antes mencionadas (arts. 16 y 17 de la CN).

Nos extenderemos en la fundamentación respectiva al criticar concretamente el art.1735 del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012.

5. Doctrina de las cargas probatorias dinámicas

Esta doctrina, de neto cuño procesal -creada en nuestro derecho por el profesor rosarino Jorge W. PEYRANO- sostiene que «el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazarse de actor o demandado o viceversa, según correspondiere». En su virtud propone «que se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla».

Sentado dicho criterio general, es decir, que la carga de la prueba de los hechos litigiosos debe imponerse a quien esté en mejores condiciones, fácticas, técnicas o jurídicas de aportarla, el citado autor sostiene seguidamente que «en materia de responsabilidad médica la prueba de la culpa puede suponer un serio obstáculo para la justa reparación del paciente o lesionarlo en sus intereses. En la práctica, muchas veces, esta difícil carga probatoria se convierte de facto en una sustancial inmunidad de médicos y abogados negligentes. Por ello es que en la actualidad se ha operado un cambio general que procura invertir la carga de la prueba, facilitando el acceso a una indemnización por parte del paciente-cliente» (28).

Esto es, mediando un conflicto de responsabilidad por mala praxis entre un profesional (experto en la materia) y un demandante profano en la misma (cliente o paciente), se considera que es aquel quien tiene sobre sí la carga probatoria de su inculpabilidad, en virtud de presumirse una mayor facilidad en la colección de las especies probatorias demostrativas de la inexistencia del factor subjetivo implicado en el caso. A pesar de su nomen juris, la carga probatoria en los procesos de daños por mala praxis profesional deja de ser «dinámica» dado que a través de dicha doctrina se termina consagrando una presunción genérica y sistemática de culpabilidad en contra del profesional, por el hecho de considerarlo invariablemente en una mejor situación para probar.

Esta doctrina surgida del seno del derecho procesal fue entusiastamente acogida por la doctrina civilística mayoritaria luego de operado el veto del art. 1625 de la ley de unificación de 1987. Ello dado que, con otro fundamento teórico distinto, originaba en la práctica el mismo sistemático mecanismo inversor de la culpabilidad, en contra de los profesionales de la medicina y el derecho (29).

Ello surge de las conclusiones de varios congresos y jornadas (ver al respecto nota 25 de este artículo).

Como ejemplo de ello cabe recordar que en las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, celebradas en Junín en el año 1992, se declaró que «la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi según fueren las circunstancias del caso en cuyo mérito aquel puede recaer en cabeza de quien esté en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas. Ello, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos».

El referido criterio ha sido también utilizado por parte de la jurisprudencia (30).

Del mismo modo, este criterio ha sido incorporado al art. 1554 del Código único proyectado por la Comisión creada por Decreto 468/92 del Poder Ejecutivo.

Ya en su momento criticamos también esta doctrina, como mecanismo sistemáticamente inversor de la carga de la prueba de la culpabilidad en materia de responsabilidad de los profesionales liberales (31).

V. EL PROYECTO DE CÓDIGO ÚNICO DEL AÑO 2012. INVERSIÓN SISTEMÁTICA DE LA CARGA PROBATORIA DE LA CULPABILIDAD EN CONTRA DE MÉDICOS Y ABOGADOS. SU INCONSTITUCIONALIDAD

El art. 1734 del mencionado proyecto de unificación estatuye: «Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien lo alega».

Pero, a renglón seguido, el art. 1735 establece que «no obstante el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará 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».

Es decir que en este último artículo se consagra la aplicación de la doctrina de la carga probatoria dinámica en materia de responsabilidad subjetiva, facultándose al juez a crear una presunción de culpabilidad en contra del demandado, sobre la base de considerar que este pudiese encontrarse en mejor situación probatoria a ese respecto.

Consecuentemente, de resultar convertido dicho proyecto en ley, quedará consolidada una inversión sistemática de la mencionada carga probatoria cuando se demande por mala praxis a los profesionales de la medicina y de la abogacía, dado que los jueces ameritarán invariablemente que estos se encontrarán dentro del proceso en una situación de supremacía fáctica, técnica y jurídica, en relación al aporte de las pruebas inherentes al factor subjetivo implicado en el caso.

De allí que, por todas las razones expuestas, consideramos disvalioso el criterio proyectado dado que, al igual que el art. 1625 de la ley de 1987, sentará también a los mencionados profesionales

en el banquillo de los acusados como presuntos culpables, por el solo hecho de no haber podido lograr el resultado no comprometido en la obligación de medios asumida. Ahora, con el anómalo fundamento de considerar que aquellos se encontrarían invariablemente «en mejores condiciones para probar».

Por tal razón, en el caso de sancionarse el mencionado precepto inversor, este resultará inconstitucional por violación de lo normado en los arts. 16 y 17 de la CN.

Amén de ello, en la forma en que se encuentra redactado -potestad judicial inversora de la carga probatoria- afectará el principio de legalidad del sistema de asignación de la referida carga procesal dado que, oponiéndose al carácter invariablemente «normativo» de dicho sistema, otorga al órgano judicial la facultad de utilizarlo en cada caso concreto.

Por todas las razones expuestas, consideramos injusto el sistema propuesto en el art. 1375 del proyecto de reforma, reiterando al respecto que nuestro derecho positivo -mediante la conjunción de lo establecido en los arts. 377 y 163 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación y, adicionalmente, lo normado en los arts. 509 in fine y 16 del Código Civil- establece un sistema equilibrado de distribución de la carga probatoria del factor subjetivo de la culpabilidad, tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual.

Como resultado de ello entendemos que no debe establecerse una inconstitucional presunción de culpabilidad categorizada en contra de los profesionales de la medicina y del derecho, circunstancia que acaecerá en la práctica en caso de que se consagre la norma prevista en el proyecto de unificación.

(1) Michelli, La carga de la prueba, Bs. As., Edit. Ejea, 1961, pp. 76-79.

(2) Devis Echandía, H., Teoría general de la prueba judicial, 3ª ed., Bs. As., Ed. Víctor P. de Zavalía, 1974, t. I, pp. 129, 420, 449.

(3) SCBA, ac. y sent. 1973, vol. II, p. 811; íd., JA-23-460.

(22) SCBA, ac. y sent. 1960, vol. III, p. 23; íd., 1968, vol. I, p. 1012, DJBA, vol. 76, p. 233; CNCiv, Sala D, ED, 100-297.

(4) Palacio, Lino, pp. 348-349.

(5) Morello, Augusto M., La prueba. Tendencias modernas, p.57.

(6) CNCiv, Sala D, "FRM c/ Hospital Ramos Mejía", voto del Dr. Bueres, JA, 18/4/1990; íd., IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, agosto de 1989, Comisión "Responsabilidad de los profesionales", tema 5, punto 6 del despacho de lege lata; íd., V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, junio de 1989; Andorno, Luis O. "Responsabilidad civil médica". Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales, en comentario al fallo citado de la CNCiv Sala D; CNFedCC, Sala I, LL 1983-D-168.

(7) Peyrano, Jorge W., "Valor probatorio de la conducta procesal de las partes", LL 1979-B-1048; íd., El proceso atípico, Universidad, p. 81 y ss.; Morello, op. cit., pp. 60-61; Vázquez Ferreyra, Prueba de la culpa médica, Hammurabi, p. 105.

(8) Piaggio, A., despacho en disidencia en II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Comisión 2, despacho de lege ferenda, punto a.

(9) Bueres, Alberto, Responsabilidad de los médicos, 2ª ed., p. 86. Morello, Augusto M., “La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa”, en LL-1988-E, Doctrina, pp. 897 y 900.

(10) Bueres, A., Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, p. 159; Vázquez Ferreyra, R., en JA-1989-III-931; Ghersi, Carlos, “Responsabilidad por prestación médico asistencial”, p. 77; I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Mercedes, 1981, conc. 7, Comisión 3; CNCiv, Sala B, en LL-1979-C-109; íd., Sala C, en JA-1982-III-12 y en ED-98-576; íd., Sala D, en JA-1982-II-488 y en ED-95-302; íd., Sala E, LL-1978-D-794; Bustamante Alsina, J., Teoría general de la responsabilidad civil, p. 255; íd., en “Prueba de la culpa”, LL-99-886; Llambías, J, Código Civil anotado, t. II, vol. A, pp. 116-117; Rezzónico, Luis María, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, Bs. As., 1961, t. I, p. 159, 9ª ed.; Andorno, Luis, “La responsabilidad médica”, Zeus, Rosario, oct-dic 1982, p.113; Mazeaud- Tunc, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. 1, vol. 1, p. 126; Santos Briz, J., Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal, p. 719; Diez Picaso, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1983, vol. 1, pp. 125 y 454; Hernández Gil, A, Derecho de las obligaciones, Madrid, 1983, p. 125; Lacruz Berdejo, Elementos de derecho civil, Barcelona, 1985, t. 2, vol. I, p. 80; Tunc, A., “La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligencie”, Semaine Juridique, 1945, p. 449; Visintini, G., La responsabilita contrattuale, Nápoles, 1979; SCBA, Ac. 43.518, “Brito de Lescano c / Spolita”, 16/7/1991; íd., Ac. 58.966, 15/7/1997; CNCiv, Sala E, “Sachi de Reggie c/ Altmn Cnestri”, con nota de Trigo Represas, LL-1981-D-137; CNCiv, Sala D, “F. M. M. c/ Hospital Ramos Mejía”, LL- 1990-E-146, voto del Dr. Bueres con nota aprobatoria de Vázquez Ferreyra; íd., en “Roitbar c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios”, LL-1984-C-589, voto del Dr. Bueres.; íd., CNCiv, Sala D en “Sica c/ Entel”, 12/5/1992, LL-1992-D-581 con nota de Bustamante Alsina; “Rojas c/ Asociación de Trabajadores de la Sanidad Argentina”, LL-1987-B-324 con nota de Carlos Ghersi.

(11) Vázquez Ferreyra, R, “La responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados, con especial referencia a la carga probatoria de la culpa”, en JA-1989-III-931.

(12) Agoglia, Boragina y Meza, Responsabilidad por incumplimiento contractual, Hammurabi, cap. VI, pp. 246 y ss.; íd., “Responsabilidad contractual subjetiva y objetiva”, JA, 1990-II-674 y “Responsabilidad civil de los profesionales”, JA-1991-III-730.

(13) Agoglia et al., op. cit., pp. 249-251; íd., Alsina Atienza, “Carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medios y resultado”, JA- 1958-III-591.

(14) Vázquez Ferreyra, R., Prueba de la culpa médica, p. 81 y nota 103; Peyrano, J., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL, 29/4/1991; Lorenzetti, R., “Carga de la prueba en los procesos de daños”, p.3; Alterini, Atilio y López Cabana, R., “La responsabilidad profesional en los congresos de los civilistas”, LL 1988- E-723; y en “La carga de la prueba en las obligaciones de medios”, LL 1989-B-942; íd., “Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual”, LL 1988-B-947; Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, Santa

Fe, 1988, Despacho 2, de lege lata; Colerio, J. P., "La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba", LL, 6/4/1990; Vázquez Ferreyra, R., "La responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados, con especial referencia a la carga probatoria de la culpa", JA 1989-III-434; íd., en "Carga de la prueba de la culpa", cit.; Morello, Augusto M., "La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa", LL 1988-E-897/901; Bueres; Atilio A. Alterini, "La presunción legal de culpa como regla de favor victimae", Temas de responsabilidad civil en honor del Dr. Jorge Bustamente Alsina, pp. 198, 199, 200, 206, 207, 209, 210, 211, 212 y 213; Morello, Augusto M., La prueba. Tendencias... cit., p. 79, 80, 81, 84 y notas al pie de las mismas; íd., en "Responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa", LL-1988-E, Doctrina, p. 896 y ss.; Lorenzetti, R., "La responsabilidad civil del médico en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial" cit., LL 1988-B, Doctrina, p. 905.

(15) Izquierdo Tolsada, Mariano, "Responsabilidad civil del profesional liberal", Reus, p. 313 y ss.; Jordano Fraga, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad del médico", p. 77 y ss.

(16) Zepos y Christodoulou, "Professional liability", Enciclopedia of Comparative Law, t. IX, cap. VI, p. 27.

(17) Malán, "La responsabilité du médecin anesthésiste du fait des appareils et instruments", Tours, 1972.

(18) Creifields, "Rechtswörterbuch", Munich, 1970, p.53.

(19) Otros, aunque fervientes defensores de dicha clasificación, la han descartado últimamente como la base distributiva de la carga probatoria de la culpabilidad en la obligación de medios, acotando su importancia al hecho de constituir la summa divisio de los ámbitos de responsabilidad objetiva y subjetiva en materia contractual. Ver como ejemplo lo que sostiene Vázquez Ferreyra, R., Prueba de la culpa... cit., p. 108, o lo que se infiere de lo aconsejado en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1991, Comisión 2, conclusión cinco).

(20) Peyrano, J., obras y artículos citados; Alterini, A. y López Cabana, R., o. citadas en nota anterior; Alberto, Responsabilidad civil de los médicos, 2ª ed., pp. 327, y 535-545; Lorenzetti, R., "La responsabilidad civil del médico en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", LL 1988-B-904; Mosset Iturraspe, J., "La responsabilidad civil del médico", p. 137; Kraut, A., "El mito de la mala práctica médica" JA 1988-II-589; XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1987; III Jornadas Bonaerenses, Junín, 1988; IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1989; V Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil, San Isidro, 1989; Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Segu-ros, 1989; Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Univ. de Lomas de Zamora, nov. 1988, Com. 4, conc. 3 y 4.

(21) Del mismo modo, un texto similar ha sido incorporado a la decisión del Consejo de las Comunidades Europeas, dado que este elaboró una propuesta de directiva sobre la responsabilidad del prestador de servicios. Dicha propuesta fue confeccionada sobre la base del artículo 100 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de acuerdo con la redacción del Acta Única.

(22) Entendemos adicionalmente que el art. 514 de la ley de unificación del año 1987, en la forma redactada, significaba la introducción de criterios referidos a la culpabilidad, que disociaban todo nuestro actual sistema, vertebrado sobre la normativa de los arts. 512, 902 y 1109 CCiv.

(23) Basta, como ejemplo, citar las conclusiones de las IV Jornadas Sanjuaninas, citadas, 1989, Comisión 5, conclusión 11, d, de lege ferenda; II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988, Comisión 2, conclusión 2 de lege ferenda; V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, 1989, Comisión referida a la responsabilidad profesional, Conclusión de lege ferenda; Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata, 1989, Comisión 2, Conclusión II, A) del despacho de lege ferenda; Jornada de Responsabilidad Civil por Daños en Homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990, Comisión 5, Conclusión 3; II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1991, Comisión 2, conclusión 1 de lege ferenda; Terceras Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, Santa Rosa, 1991, Comisión 2, conclusión f del despacho de lege ferenda.

(24) Agoglia et al., "Responsabilidad contractual de los profesionales" cit., JA 1991-III-730; Agoglia et al., Responsabilidad por incumplimiento contractual, Hammurabi, p. 259 y ss.

(25) Bueres, Alberto, Responsabilidad de los... cit., pp. 305, 307, 308 y ss.

(26) Consecuentemente, esta no es la misma situación con la que algunos autores (por caso Atilio Alterini en el ya mencionado artículo "La presunción de culpa como regla de favor victimae") la comparan (daños producidos con la cosa, art. 1113, párr. 2º, parte primera CCiv).

(27) Alterini, Atilio, "La presunción legal de culpa como regla de favor victimae", Responsabilidad por daños en homenaje a Bustamante Alsina, Abeledo Perrot, 1990, p. 213; Alterini, A., López Cabana, R., "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", DJ 1989-I-817; Vázquez Ferreira, R., "Del favor debitoris al favor del más débil", ED 116-841.

(28) Peyrano, Chiapini, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas" (ED, 107-2005); Peyrano, J. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba", Procedimiento civil y comercial, t. III, p.122, Rosario, Juris, 1994; Peyrano, "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas", Procedimiento civil y comercial, t. I, p. 77, Rosario, Juris, 1991; íd., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL 1991-B, Doctrina, p. 1034 y ss.; íd., "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL 1996, Doctrina, p. 1027 y ss.

(29) Galdós, Jorge, "Prueba. Culpa médica y cargas probatorias dinámicas en la doctrina de la SCBA", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 56 (1996), p. 35 y ss.; Mosset Iturraspe, J., "La prueba en los juicios de daños", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba -I- p. 61; Kemelmajer de Carlucci, A., su voto en fallo SC Mendoza en autos "Aves c/ Barroso", 2/6/1995.

(30) SCBA, Ac. 4/8/1992, "Acosta c/ Clínica Indarte", JA 1993-IV-66, con nota de Weingarten y Ghersi; íd., Ac. 55.354, 14/6/1996 "Álvarez c/ Maldonado", DJJ 151-161, voto de la mayoría).

(31) Agoglia et al., Responsabilidad por incumplimiento... cit., p. 271 y ss. Ello, tal como lo transcribe Galdós, J., Derecho de daños en la Suprema Corte de Justicia de Bs. As., Rubinzal Culzoni, p. 229, nota 130, en virtud de que en la práctica, con argumentos diferentes a los utilizados por los mentores del art. 1625 de la ley de unificación, generaba idéntica e indebida

presunción de culpabilidad en contra de los profesionales de la medicina y de la abogacía. Igual criterio negativo en lo referido a la presunción de culpabilidad emerge del fallo dictado por la CSJN, 6/10/1992, en autos “Moya de Murúa c/ Goldstein s/ recurso de hecho”.

(* Doctor (Derecho Civil), UBA. Profesor titular de Derecho de de la Responsabilidad Civil. Daños, UCES. Profesor titular de Derecho Civil. Parte General, UAI. Profesor adjunto de Derecho Civil II (Obligaciones Civiles y Comerciales), UBA. Autoridad y miembro titular de diversas jornadas y eventos científicos, nacionales y extranjeros. Autor, coordinador y colaborador de distintas obras y revistas jurídicas.

(* Doctor (Derecho Civil), UBA. Profesor adjunto de Derecho Civil II, UBA. Profesor titular de Derecho de la Responsabilidad Civil. Daños, UCES. Profesor titular de Derecho de Obligaciones, UAI. Profesor estable del posgrado de Derecho de Daños, UBA. Autoridad y miembro titular de diversas jornadas y eventos científicos, nacionales y extranjeros. Autor, coordinador y colaborador de distintas obras jurídicas.