

Nota a Fallo

LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS Y

LA MAQUINA DE IMPEDIR EN MATERIA JURIDICA

Por JORGE W.PEYRANO

“Roma locuta, causa finita”

I-Planteo introductorio

El copete elegido es un lema papal: “Roma habló, el caso está cerrado”. Condensa, gráficamente, la fuerza incontrastable y definitiva que en ciertos asuntos posee la máxima autoridad vaticana.

Algo bastante parecido sucede en nuestro medio cuando una línea jurisprudencial controvertida o una doctrina autoral no pacífica, es objeto de un pronunciamiento expreso por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ahí en más, todo estará dicho y la suerte echada.

Anotaremos (1) seguidamente la causa “Pinheiro” –recientemente dirimida por el tribunal cimero nacional- no tanto para glosar su contenido (que se ajusta, en líneas generales, a las coordenadas habituales en la materia), sino más bien para subrayar el espaldarazo que importa para la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

La Corte ha hablado, poco o ningún margen queda, creemos, para la escasa y desmañada crítica adversa. De todos modos, aprovecharemos la ocasión para hacernos aquí cargo de los susodichos enjuiciamientos, y también para dar noticia sobre la referida doctrina al lector no especializado.

Para dar inicio al informe anunciado, diremos algo sobre la noción de carga procesal en general y acerca de la carga probatoria en particular. Así es que tenga mayor o menor razonabilidad (y para nosotros la tiene en muy buen grado), la conocida teoría de la situación jurídica procesal, debida a la pluma de James Goldschmidt,

de todos modos debe reconocérsele como mérito indiscutible el haber acuñado varios conceptos básicos (así, v.gr., las posibilidades y expectativas procesales), que se han difundido a punto tal que ya hoy pueden considerarse parte integrante del lenguaje procesal corriente y fundamental.

Sin embargo, hallamos que debe acotarse el hecho de que, entre esos varios conceptos a los que nos venimos refiriendo, el que mayor fortuna ha tenido es el de “carga procesal”, constitutivo, por otra parte, del eje central del sistema propugnado por Goldschmidt. Y para corroborar este último aserto conviene recordar sus propias palabras: “Los vínculos jurídicos que nacen de aquí (alude al “proceso”) entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del derecho); esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino situaciones jurídicas (consideración dinámica 2 del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal –el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada) y las últimas, las cargas “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones (2).

A pesar del susodicho suceso, y curiosamente, la mayoría de los códigos rituales, inclusive los de mejor factura técnica, han preferido no insertar expresamente en sus articulados el vocablo “carga”(3); ello así sin perjuicio de consagrar en numerosas disposiciones soluciones evidentemente inspiradas en dicho concepto técnico. Con relación al punto, Carnelutti se lamentaba de que el Código Procesal Italiano de 1940 estuviera entre los aludidos ordenamientos omisivos, señalando al respecto: “En la factura del Código se nota también a este propósito una precaución excesiva, puesto que el concepto de carga, aunque moderno, es de los que hoy ya se han consolidado por completo: no habría habido peligro alguno en emplearlo para la formulación de las normas, ni en tenerlo en cuenta para una mejor sistematización de las mismas. En nombre de una especie de agnosticismo científico, que no tiene ya justificación ni adecuación con los tiempos actuales, no se ha querido hacer esto; de todos modos el concepto de carga es necesario para traducir al lenguaje científico un grupo importante de disposiciones (4).

Sentado lo anterior, urge apuntar ahora que dentro del vasto repertorio de cargas procesales le incumbe un papel de especial relevancia a la carga probatoria; carga probatoria que determina, recordamos, las llamadas “reglas de la prueba”, es decir, las reglas identificatorias acerca de quièn debe probar cierto hecho o circunstancia. Claro está que resulta menester señalar que estas reglas de la carga de la prueba (que se enderezan a determinar quièn debió probar y sin embargo, no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo (5).

Ahora bien: durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de “carga probatoria”, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor, quien siempre concibió a su teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales (6)

Ocurrió entonces que, adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios “fijaron” (y aquí este verbo deber ser entendido de un 3 modo literal) las reglas de la carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos, además, para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución.

De tal guisa, por ejemplo, se decía que en cualquier caso y contingencia los hechos constitutivos (es decir, los invocados por el actor en el escrito de demanda) deben ser probados por quien demanda dentro de un proceso de conocimiento, mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos –o en general, cualesquiera que alegara el demandado y que fueran distintos de los invocados por el actor-(7) debían ser acreditados por el demandado. Y punto.

Hasta tiempos no demasiado distantes, el tema no se prestaba a mayores sutilezas. Básicamente, las reglas de la carga probatoria seguían siendo estáticas y no eran otras que las arriba reseñadas, en cuanto a lo fundamental. Pero ya más modernamente, la praxis –una vez más- alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas.

En otras palabras, se empezó a reparar en que ni eran bastantes ni contaban con la flexibilidad que sería de desear. Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron el encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo. Adviértese, en este orden de ideas, que –por ejemplo- el mismo art.377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (8) que significó un avance técnico en relación a la anterior situación “superestática” tradicional –ligada indisolublemente a la discriminación entre hechos constitutivos, modificativos, impeditivos y extintivos- , no resulta en todos los supuestos idóneo para indicar con acierto quién debe soportar, desde una correcta perspectiva axiológica, la carga de probar ciertos hechos controvertidos.

Resulta ser que la vida y hasta el propio sentido común permitieron descubrir coyunturas en las cuales el referido apriorismo en materia de esfuerzos probatorios, funcionaba mal. Así, v.gr, la regla de distribución de las cargas probatorias según la cual se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Así, v.gr., establecida la separación de hecho sin voluntad de unirse, se encuentra en mejores condiciones (por conocer las intimidades de la pareja) de probar su inocencia (o la culpabilidad del otro cónyuge) en orden a conservar su vocación hereditaria, el cónyuge supérstite que los causahabientes del cónyuge fallecido (9). Igualmente ilustrativa acerca de que la carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado, es aquella conforme a cuyos parámetros la carga de la prueba le incumbe –en principio- a quien pretende alterar el actual estado de las cosas (10) 4

En verdad, la primera de las reglas de la carga probatoria dinámica arriba mencionadas - que se llama así porque, en su seno como se ocupó de aclararlo el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (11), el “onus probandi” se independiza de enfoques apriorísticos (hecho a probar, rol de actor o demandado) para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quiene está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva -es la que ha obtenido más éxito y difusión, especialmente en el campo de la responsabilidad civil médica derivada de intervenciones quirúrgicas. No puede sorprender la singular difusión alcanzada por la susodicha doctrina en el área mencionada de la responsabilidad civil por mala praxis médica, cuando se memora que, fundamentalmente, nació como un paliativo para

aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacía recaer, sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba. Las mencionadas reglas se contentaban con imponer, rígidamente, que según fuere la calidad de los juicios alegados (constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo) su prueba debía correr por cuenta y cargo del actor o del demandado. Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, v.gr., que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior de un quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito. Cuantimás se encuentran, por ejemplo, los médicos y enfermeras participantes en el referido acto quirúrgico, en mejores condiciones para ofrecer y producir las pruebas respectivas, que la propia víctima.

II-Configuración de la "máquina de impedir" en materia jurídica

La llamativa y conocida expresión encomillada del epígrafe no nos pertenece. Es fruto del ingenio del periodista y escritor Emilio Perina, aunque éste la usaba para referirse a fenómenos políticos y burocráticos y no al espacio de lo jurídico. Sin embargo, es tan afortunada dicha locución que la consideramos insoslayable para identificar, concisa y certeramente, lo que ocurre en el campo jurídico en general y en el procesal en particular.

La "máquina de impedir" se comienza a construir tan pronto una línea doctrinaria o jurisprudencial – a veces, meramente embrionaria- aparece como amenazante para el estado de cosas existente. Todo lo nuevo y más o menos desconocido, resulta poco grato para los cultores de lo "conocido y probado". Quienes se atreven a desafiar sus iras, suelen ser tildados de apresurados, de insensatos y hasta de "petardistas" afectos a "espantar a los burgueses". En lo que nos concierne, señalamos que no somos oficialistas de la disidencia para así enarnos sistemáticamente en la novedad por la novedad misma. Aunque hacemos profesión de fe de que hay que abrirse a lo distinto porque lo que tenemos no nos complace.

Pero volvamos a nuestra "máquina". Ya informamos acerca de su génesis. Corresponde ahora desmontar sus engranajes. Su composición es variopinta. En ciertas ocasiones están presentes todos o casi todos los engranajes en cuestión, en otras concurren sólo algunos. A continuación, pasaremos revista a los engranajes que entendemos

conforman la máquina de impedir correspondiente al proceso civil: alegaciones acerca de que la nueva propuesta es asistemática por no ajustarse a tal o cual sistema procesal (12);

la invocación de que la novedad no fue prevista, escrita o siquiera columbrada por los grandes maestros que siempre son los mismos y que impartieron sus enseñanzas en épocas muy diversas a la actual; llamados de atención sobre los graves riesgos que la recién llegada teoría puede suscitar para la estabilidad de valores procesales entre los cuales, de ordinario, se mencionan al Debido Proceso y a la Seguridad jurídica; argumentaciones casi cavernarias consistentes en afirmar que si no hay texto legal no hay doctrina judicial o autoral valedera; traer a cuento citas filosóficas -oportunistas y por lo común ilustradas con latinazgos- cuyos autores se remontan a la noche de los tiempos como si un autor del siglo XII o XIII pudiera ser seriamente mencionado para dirimir una polémica procesal de hogaño y, finalmente, también se hace uso de la ironía para descalificar las ideas combatidas a través de una visión humorística digna de mejor causa.

Si la “máquina” así construída funciona bien –lo que sucede con bastante frecuencia- acontecerá que la línea jurisprudencial o doctrinal que está pugnando por imponerse, perderá pie. Únicamente la firme decisión de sus mentores de no cejar en el empeño, puede conceder alguna esperanza de triunfo ante tan importante maquinaria. También la doctrina de las cargas probatorias dinámicas ha sido objeto, consciente o inconscientemente, de una suerte de “máquina de impedir”. Afortunadamente la frialdad de los mecanismos de ésta no ha perjudicado la vitalidad de aquélla.

III- Presente doctrinal, jurisprudencial y legislativo de la doctrina en análisis.

Están lejanos los días en que por vez primera hablamos de cargas probatorias dinámicas (13). Mucho agua ha corrido bajo el puente desde entonces. En lo que hace a la doctrina autoral, el balance parece francamente favorable a su incorporación plena a nuestras prácticas; y ello no sólo desde el hontanar procesal. Los civilistas, también, se han pronunciado favorable y reiteradamente. Por todos, citaremos a Kemelmajer de Carlucci (14), Vázquez Ferreyra (15), Ghersi(16) y a 6

Bustamante Alsina. Este último ha expresado lo siguiente:” Si bien la distribución de la carga de la prueba está expresada en el art.377 del C.P.C., esta regla no es rigurosa y

aparece finalmente moderada por el principio de adquisición procesal que da por incorporado al proceso todo elemento probatorio conducente a la averiguación de la verdad con prescindencia de la parte que lo aportó, aún en su contra...

Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mètito probatorio de los elementos arrojados al juicio, permitirán a aquél en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones hominis de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables para hacerlo (favor probaciones) que el accionante a su vez, para probar la culpa de aquél. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes" (17)

En lo atinente a la cantera procesal, debe consignarse –especialmente a partir del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal que considerara teoría recibida a las cargas probatorias dinámicas- que el imaginario de la doctrina que nos ocupa es defendido por un nutrido número de adherentes (18), algunos de los cuales –como sucede con el maestro Morello utiliza un "nomen iuris" distinto (solidaridad en materia probatoria) pero no se apartan del ideario común. Insistimos en que la bibliografía especializada en el rubro se muestra favorable a esta nueva forma de ver las cosas, más ceñida a las circunstancias del caso. Así es que mientras son numerosas las opiniones propensas a la incorporación y empleo de las cargas probatorias dinámicas, hemos encontrado tan sólo dos (por escrito, puesto que las condenas orales que hemos escuchado son tan poco serias que las pasaremos por alto) enjuiciamientos adversos. Uno parcial (19) y otro, sí, francamente opuesto (20). De ambos nos ocuparemos más adelante.

En el plano jurisprudencial, el más remoto precedente de la doctrina en comentario proviene de la justicia civil rosarina y data de 1978(21). Se trataba de un caso de mala praxis médica quirúrgica. Luego y en este mismo sentido y materia, se alista una nutrida nómina de resoluciones judiciales (22).

Para evitar omisiones, se impone consignar que la teoría en análisis también ha recibido amplia aplicación pretoriana en lo tocante al juicio de alimentos (23). Igualmente, ha funcionado en terrenos ajenos al Derecho Civil cual es el de la responsabilidad bancaria (24) y el del Derecho laboral (25).

En lo atinente al rango de los tribunales que han inclinado su voto por la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también es menester subrayar que –aparte del pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación que estamos 7 glosando y que reconocía precedentes anteriores donde sin decirlo se utilizaba el ideario correspondiente (26) –la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires también ha recibido la susodicha teoría. Al respecto, Galdós señala que “Finalmente, más recientemente, en la causa “Acosta (27) se receptó la doctrina de las cargas probatorias dinámicas concebidas por Peyrano o, como lo postula Morello, de la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad, según la cual el peso de la prueba se adjudica a quien está en mejores condiciones de aportarla- fácticas, técnicas, económicas o jurídicas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el cumplimiento del deber de cooperación en el esclarecimiento de la verdad”(28)

Pero lo que nos alegra especialmente –casi tanto como el advenimiento de “Pinheiro”- es que por vez primera la doctrina aquí comentada ha merecido consagración legal expresa. En efecto, el muy reciente Cód.Proc.Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, la ha incorporado, sin tapujos, en su artículo 360 CARGA DE LA PRUEBA. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368. Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos”. A ello debe agregarse que el Proyecto del Cód.Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, que aparentemente se encuentra próximo a ser sancionado como ley de la Nación, incluye dos artículos en los cuales, claramente, hace profesión de fe respecto de dicha doctrina. Veámos: artículo 829. Prueba del pago”...cuando las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba del pago ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”, artículo 1619. Responsabilidad civil. Prueba de los factores de atribución” ...si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la

prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla. Como se nota, fácilmente, en los dos casos reseñados (el de La Pampa y el del Proyecto Nacional de Cód. unificado) se destaca, acertadamente y como no nos cansamos de repetir, que se trata de una doctrina de aplicación excepcional y residual a la que se debe recurrir ante la comprobación de que el empleo de los parámetros corrientes llevaría en la especie a soluciones manifiestamente inicuas.

IV-Obices: antiguos y nuevos

Analizaremos ahora los cuestionamientos formulados a las cargas probatorias dinámicas. Los mismos comenzaron tan pronto principiaron a rodar por el firmamento jurídico argentino. Hemos tenido oportunidad de oír (y también de rebatir, creemos) a todas ellas con motivo de las exposiciones orales que efectuáramos profusamente en miras a difundir dicha herramienta de ajuste del diseño tradicional del reparto probatorio. La mayoría de los mismos han sido desarrollados de modo inorgánico y espontáneo, dado que no pasaron de ser inquietudes expresadas por el público asistente a las aludidas exposiciones. Debemos insistir en que, curiosamente, es muy reducido el número de refutaciones “por escrito” realizadas respecto de la doctrina que aquí defendemos. A continuación, examinaremos las observaciones principales

1- Falta de texto legal

Esta línea argumental es la más cómoda para desestimar a las cargas probatorias dinámicas. Es que releva a sus mentores de todo esfuerzo intelectual porque “vestibularmente”, consideran fuera de toda ponderación por no contar con consagración legal expresa. Sin recurrir a argumentaciones jusfilosóficas acerca de que la Ley no es la única fuente del Derecho, nos permitimos consignar que desde mediados del siglo que corre (29) dicha línea de pensamiento es absolutamente descartable. Más aún: su adopción generalizada hubiera determinado un pernicioso inmovilismo del horizonte jurídico. Veámos. El amparo, las astreintes, la prohibición de innovar y hasta la prueba informativa, nacieron como figuras pretorianas carentes de respaldo legal. La repetición de resoluciones judiciales y el apoyo autoral, determinaron que, corrido bastante tiempo, el legislador se acordara de concederles el crisma de lo legal.

Obviamente, el éxito de una nueva doctrina no se consolida merced a fallos o voces

aislados. Únicamente un encolumnamiento masivo confirma las bondades del producto. A estas alturas, creemos que ya no puede insistirse en el argumento en análisis, máxime cuando la teoría de las cargas probatorias dinámicas ha sido considerada “doctrina recibida” por el XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal.

2- Acerca de la infausta sorpresa que puede entrañar la aplicación judicial oficiosa de la doctrina en comentario y de los riesgos que ello puede acarrear para la garantía del Debido proceso.⁹

Esta línea de impugnación es la más seria. A punto tal es así, que el XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal la recogió y contestó. Oigamos: “se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie entrañar algún riesgo para la garantía de la defensa en juicio. Empero, tal aplicación quedaría coonestada por constituir aquélla un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba, preceptos que pueden y deben meritarse los tribunales. Además; contribuye en el mismo sentido la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes; igualmente, la adopción en el futuro de la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar), eliminaría el riesgo indicado. De todos modos, se insiste en la necesidad de formalizar, en cualquier supuesto, una prudente y meditada utilización de la susodicha doctrina”.

Resulta ilustrativo respecto de la importancia que se da a la mencionada “sorpresa infausta”, el ejemplo aportado por uno de los cuestionadores “parciales” de la doctrina bajo la lupa: “Una persona es sometida a una intervención quirúrgica, con anestesia total. Al terminar la misma resulta que el paciente ha sufrido una lesión irreparable, que le ocasiona un daño y una incapacidad parcial y permanente. La víctima demanda al médico cirujano por negligencia profesional médica, basada en la existencia de responsabilidad contractual. Basándose en el principio romano “actor incumbit probatio”, el médico demandado descansa sin preocupaciones, confiado en que el actor deberá probar los hechos afirmados en su demanda. Una tenue sonrisa ilumina su cara cada vez que piensa y se pregunta cómo se las va a arreglar el paciente para mostrarle al juez lo que en realidad pasó en la soledad del quirófano, mientras él dormía bajo los efectos de la anestesia.

Por otro lado, difícilmente algún miembro de su equipo quirúrgico vaya a prestarse a declarar en su contra así que...realmente puede repatingarse en el sillón y esperar. Sin embargo, como todo lo bueno toca a su fin y no hay mal que dure cien años, el orden de las cosas (hasta entonces favorable a los médicos) debió cambiar un día, y así ocurrió cuando los juristas adoptaron esta teoría que venimos comentando, de las cargas probatorias dinámicas. Adiós entonces a la milenaria regla de que quien afirma prueba y ábrase paso a la inversión del onus probandi, para alegría de las víctimas y desmayo de los demandados.

Como resulta que es el médico quien tiene todo el control de la única prueba producible, de donde pueda surgir fehacientemente la verdad de los hechos tal como ocurrieron en la conspiración del quirófano, viene a ser que es él (y no otro) a quién le resulta 10 más fácil demostrar la realidad de las cosas, por estar en mejores condiciones de producir la prueba necesaria a tal efecto. En consecuencia, queda relevado el actor de la carga de probar y se desplaza ésta hacia el demandado”(30). La lectura del texto transcrito es suficiente para comprobar que aparentemente no media ninguna preocupación por el resultado “justo” del proceso en cuestión. Si bien se mira, en reflexiones del tipo de las transcritas hay una inadvertida supervivencia de la antigua tesis que impone al actor el peso de “toda la prueba”, con lo que, vgr., en materia de mala praxis quirúrgica, el demandante debería probar hasta la etiología del ilícito que, por definición, no se encuentra en condiciones de conocer o precisar,. Ya Rosenberg se manifestaba contrario a sobrecargar al actor con el “onus probandi” porque “...se quitaría de antemano toda probabilidad de éxito a cualquier demanda judicial, haciéndola con esto imposible, si se exigiera del demandante toda la prueba. Se entregaría el derecho a la buena voluntad del demandado; se llegaría a un estado de inseguridad jurídica que equivaldría a la falta de toda protección. El demandado podría privar al demandante de su derecho mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias” (31). Precisamente, dicha extremosa tesis prevaleciente en nuestro país durante mucho tiempo, aseguró la impunidad en materia de responsabilidad civil derivada de intervenciones quirúrgicas.

Ahora bien, nos preguntamos y le preguntamos al lector: en la actualidad si el demandado es un cirujano a quien se le imputa responsabilidad civil por una mala praxis quirúrgica, podría considerarse seriamente “sorpresivo” que se aplique en el caso la doctrina de las cargas probatorias dinámicas?

Pero vayamos a un plano más general. Se predica respecto de cualquier perdidoso a raíz de la aplicación de la susodicha teoría, que sería una “víctima” porque podía esperar ser objeto del reparto de esfuerzos probatorios previsto por el artículo 377 del C.P.N.(PRUEBA). Se nos ocurre que a la altura de los tiempos que corren, tal reflexión (no obstante estar bien inspirada) carece de asidero. En efecto: algo parecido se podría predicar –y se predicaba (32) respecto, v.gr., de la doctrina de los propios actos (tan usada y difundida) y sin embargo la opinión predominante hoy es que tal “riesgo de indefensión” nop existe. En verdad, toda doctrina o teoría nueva correspondiente al mundo jurídico podría ser objeto de una tacha similar. Ahora bien: nos interrogamos acerca de si cuando –como sucede en el caso- un tema novedoso se considera “doctrina recibida” no vendría a constituir –tal como se ha dicho en relación a la doctrina de los propios actos una suerte de “argumento de derecho” como tal invocable oficiosamente por el órgano jurisdiccional, aún, inclusive, en defecto o contra la opinión de los litigantes. Además de todos modos, el apartamiento 11 de las normas legales corrientes en materia de distribución de la carga de la prueba que presupone la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, estaría avalado legalmente por la necesidad en que se encuentra el tribunal de apreciar todos los elementos de juicio colectados mediante la aplicación de la regla de la sana crítica. Tal observación, también fue acogida en el seno de las Quintas Jornadas Boanerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático celebradas en Junín en octubre de 1992, en los siguientes términos: “Las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba. que no obstan a la iniciativa probatoria del Tribunal- deben ser preservadas como viga maestra en la materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso. A tal efecto, puede ser útil –entre otros recursos- someterlas también a las reglas de la sana crítica, tal como, por ejemplo, lo dispone el Código General del Proceso de Uruguay”. Del mismo modo, la presente conclusión señala que existen disposiciones legales – como la contenida en el artículo 163 inciso 5 C.P.N. (33) que pueden brindar encuadre legal a la doctrina que nos ocupa y con ello colocar su eventual aplicación oficiosa fuera de la calificación de “sorpresa” que se pretende endilgarle

3-De la inficiencia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas

Este nuevo argumento, consistente en la pretensa falta de utilidad de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, se encuentra contenido en un singular trabajo suscripto con las iniciales A.C.P. (34). Curiosos –lo confesamos- por conocer al autor de tan bizarro

aporte- consultamos nuestros listados de los civilistas más destacados y de los procesalistas más connotados, sin éxito. Quizás nuestro misterioso crítico tenga algún motivo que le impida darse a conocer. Por nuestra parte, preferimos firmar nuestras aseveraciones y también responsabilizarnos de las mismas, a pecho descubierto y frente alzada. Indudablemente, existen quienes tienen otras preferencias.

Entre otros respaldos para su tesis, A.C.P. cita a Guillermo de Ockham, recordando que vivió y escribió hace siete siglos. Resulta ser que Ockham –aparte de su conocida “navaja”, que también menciona –fue el creador del principio de parsimonia según el cual la naturaleza busca siempre el camino más económico para la obtención de sus fines, o sea que no hace cambios en el obrar de las cosas a menos que sea absolutamente necesario. Evidentemente la referencia a dicho filósofo medioeval –tan palmariamente enderezado a defender el orden establecido (y si es de vieja data, mejor), aporta algún dato sobre el perfil de nuestro enigmático contradictor. 12

Pero vayamos a lo jurídico. En primer lugar nuestro autor sostiene que es innecesaria la doctrina de *zahiere* por existir otros caminos a través de los cuales se pueden conseguir parecidos resultados mitigatorios del “onus probandi”; enumerando, así, la prueba del hecho negativo, la denominada materia de prueba difícil, el valor de los indicios y las presunciones. En lo que nos atañe, no negamos la importancia que dichos institutos poseen en materia probatoria. Pensamos, eso sí, que no son suficientes, y la mejor doctrina y la mayoría de las resoluciones judiciales han experimentado la misma sensación frente a situaciones excepcionales. Aparentemente A.C.P. no tiene el mismo grado de sensibilidad. Quizás, entonces, habría que recordarle la frase de Mirabeau “Cuando todo el mundo se equivoca, todo el mundo tiene razón”.

Agrega, con tono risueño, que imponer el peso de la prueba a “quienes está en mejores condiciones probatorias” implica reconocer que una de las partes, “en razón de su favorable ubicuidad, conoce o posee piezas convictivas que no está obligado a proporcionar a su adversario (*nemo tenetur edere contra se*). A esta manera de razonar considérasela anacrónica, propia de la concepción individualista del proceso, al que, por cierto, se invita a desdeñar por decimonónico” (35). Inicialmente, debemos memorar que el brocardico “*nemo tenetur edere contra se*” es un precepto de derecho procesal probatorio, según el cual nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, beneficiando al adversario (36). En verdad, la vigencia de dicho aforismo en materia

procesal civil es meramente folklórica, y conste que no nos pertenece dicha afirmación. Es Couture quien destaca lo siguiente: "Pero el tal aforismo no es la reproducción de ninguna fórmula de derecho positivo histórico. Por lo menos, luego de la búsqueda más cuidadosa que nos ha sido posible, no le hemos hallado fuente auténtica. Es algo así como un pasaje de folklore jurídico, según clasificara agudamente un autor a estos preceptos de origen desconocido, que por tradición, comodidad o pereza se vienen transmitiendo a lo largo del tiempo" (37). Mercader, en cambio, sin dejar de negarle validez se preocupa por poner de resalto que "nemo tenetur edere contra se" es aforismo romano, pero de procedencia bárbara, fluido de la jurisdicción germánica cuando el pleito se resolvía en una lucha ante la Asamblea popular. Entonces se justificaba que ningún combatiente fuera obligado a colocarse en una posición desventajosa. La ordenanza cuidaba de asegurarles posibilidades iguales.

Esta idea, por motivos de afinidad, fue asimilada después a las garantías públicas del proceso penal, especialmente cuando el derecho reaccionó contra las crueldades medioevales que, para nosotros, se objetivan en los interrogatorios del "Santo Oficio" (38). A tenor de todo ello, cae por su 13 base el mito de la vigencia del precepto de marras. Pero amén del análisis histórico del mismo, también el estudio de la realidad de todos los días permite arribar a igual conclusión. Es que todas las leyes procesales civiles instrumentan y regulan la prueba de absolución de posiciones y, sin duda, que quien absuelve posiciones está suministrando material de evidencia a su adversario en la litis (39)

Además, A.C.P. se despacha con lo siguiente: "Acotación necesaria: en todos los fallos que recogen el principio de "la carga de la prueba dinámica", siempre la parte que se halla en mejores condiciones para producirla es también obligada a resistir o acreditar algún hecho que resulta, también significativo para la suerte del proceso. Humildemente, y en tono bajo, nos parece que es más de lo mismo, índole inocua, ya que, como se advierte, todo permanece sin variación; por mucho que se discurra no se escapa al principio de identidad. Todos deben demostrar los presupuestos de hecho de las normas invocadas o en discusión. Y a los que no lo hagan podrán, ante su incuria, concluir perdidosos, estén ubicados donde estén. Dedúcele que sin necesidad emigraciones probatorios, seguimos dentro de los principios del Código. Nada ha variado. Aunque el juez se tome el trabajo de enfatizar en su sentencia que la parte negligente se hallaba, además, en "mejores condiciones de producirlas" (40). Para mejor

comprobar como en un caso-límite el juez debe tener en claro cuál de las partes está en “mejores condiciones de probar” para así resolver contra quien debía probar y no probó (41), conviene aportar un ejemplo. Pensemos en la hipótesis del juicio de resolución de vocación hereditaria del cónyuge supérstite separado de hecho del premuerto (42). Imaginemos que son los herederos del cónyuge premuerto los que demandan para excluir de la vocación hereditaria al cónyuge supérstite, afirmando la inocencia de aquél y la culpa de éste en la separación de hecho pretéritamente producida; no logrando acreditar tales circunstancias. A su vez el cónyuge supérstite afirma su inocencia y la culpa del otro y también fracasa su intento probatorio. Palmario es que con el esquema “normal” del artículo 377 C.P.N. la pretensión en cuestión debería ser desestimada; en tanto que si operara la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, dicho reclamo debería prosperar. Acordemos que, al menos, la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no es inocua. Algo más: en el “leading case” en materia de carga probatoria dinámica (43)- que versó sobre una mala praxis quirúrgica- si se hubiera aplicado el esquema corriente se hubiera rechazado la pretensión resarcitoria del caso, con escarnio indudable de la Justicia. 14

V-Precisiones

A renglón seguido, formularemos algunas precisiones funcionales respecto de la doctrina en análisis

1-Por supuesto que el desplazamiento atípico del “onus probandi” que importa la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos o circunstancias y no de todo el material fáctico. Ello implica que tal aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan sólo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios. Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente: “De ello se colige que, la inversión del “onus probandi” provocada por la directriz en estudio, es sólo parcial, la parte actora, en los casos citados, continúa soportando un trascendental papel orientado a la averiguación de la verdad jurídica objetiva, debiendo aportar las pruebas que se encuentren a su alcance. Es así como, en el caso de la responsabilidad médica por mala praxis, el damnificado deberá acreditar, cuanto menos, la existencia de la prestación médica, el daño sufrido y el nexo causal; en lo referente a causas por simulación de actos jurídicos para continuar con los ejemplos ya dados, el actor debe

probar los hechos demostrativos de la falsedad del acto, entre los que se destacan; la causa simulando, el precio vil o irrisorio, la conducta del vendedor que continúa comportándose como dueño de la cosa supuestamente enajenada, etc” (44).

2-Puede suceder que quien “prima facie” está en mejor condición de probar no se encuentre en realidad, en tal situación privilegiada. Supongamos, vgr. Que el cónyuge supérstite del ejemplo tuvo una muy breve convivencia con el premuerto, que no dio tiempo a que se formaran los vínculos coexistencia les que pudieran dar pie a testimonios de terceros sobre la relación de pareja. Frente a casos de esa laya, no puede reclamar injerencia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas a favor de los herederos del cónyuge premuerto. Al respecto, acertadamente, se ha expresado “Ahora bien, si analizamos la cuestión desde la perspectiva del accionado, aquel desplazamiento del “onus probandi” será aceptable, sólo si, respecto de tales hechos, el demandado se encontrara, a su vez en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cuando las dificultades probatorias afecten tanto al actor cuanto al demandado, la inversión de la carga procesal respectiva no halla justificativo alguno atento a que constituiría, también, un quebrantamiento a los multinombrados principios fundantes de la distribución del esfuerzo probatorio, pero en esta oportunidad, contra la factibilidad de éxito de la demandada” (45) 15 3-No nos oponemos, en forma alguna y aunque nos parezca sobreabundante, que con anterioridad a la producción de la prueba el tribunal interviniente advierta a las partes que aplicará la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en aras de evitar sorpresas que, en la hora actual, sospechamos que no son tales(46).Repárese en que tal aviso no puede determinar, que fatalmente, tal o cual parte será la recipiendaria del mayor esfuerzo probatorio conforme los postulados de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.Es que puede acontecer lo señalado en el punto anterior; es decir que quien aparece en mejor condición de producir la prueba, no lo esté.Claro está que el interesado deberá invocar y acreditar la circunstancia que avale esto último, si es que pretende eludir la aplicación de la referida doctrina. Y no se vea en esto una confirmación de la inconveniente imprevisibilidad sobre los roles y tareas de las partes que acarrearía la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Es que ha sido demostrado que existen las llamadas cargas probatorias sobrevinientes, que se caracterizan porque aparecen respecto de una parte únicamente después de que su contraria ha probado determinado hecho o circunstancia (47). Así las cosas, sse avizora que no puede reclamarse al proceso civil una

fijación “a priori” infalible acerca de los roles y tareas de las partes.

VI-Cierre

Se sabe que “la pasión es la única oradora capaz de persuadir siempre”. Por ello es que hemos sido apasionados, quizás en exceso, en algunos tramos del presente. Es que queremos persuadir porque estamos convencidos de la necesidad de introducir nuevos institutos al anquilosado proceso civil argentino. Estamos, todavía, a la sombra –en buena medida- del procedimiento civil hispano de 1855 que nos sirviera de modelo. Mucho de lo nuevo que se aportara en las últimas cinco décadas ha sido cosmética y “más de lo mismo”. Tan pronto se generan las condiciones para producir un “salto cualitativo” en materia procesal civil surge la temida y temible máquina de impedir. Ojalá que ésta no prevalezca en el caso. Huelga decir que si dicha prevalecencia no se diera, ello no involucraría que se asegure el advenimiento de una nueva cultura del proceso civil, que es la aspiración de máxima. Pero, al menos, se habrá probado que no es un imposible salir de la inercia, en demanda de algo mejor.

J.W.P. 16