

ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Jorge W. Peyrano

Vocal de la Cámara de Apelaciones de Rosario. Argentina

"Yo hablo siempre de la verdad, no toda porque a eso no se llega"

J. Lacan

La frase de Lacan que sirve de copete se ajusta, de algún modo, en buena forma a lo que sucede en el ámbito del proceso civil argentino, de corte, todavía, predominantemente dispositivo.

Se ha dicho y repetido que vivimos una época de "penalización" del proceso civil - donde al par que crecen las facultades de los jueces, se busca más decididamente la verdad real o "histórica" - que viene a contraponerse, curiosamente, con la presente etapa de "civilización" del proceso penal cuyos cultores más destacados se alinean tras el sistema acusatorio (el más afín al proceso civil clásico). Sin embargo y por más que al juez civil de hoy se le reconocen muchas más atribuciones que al de otrora, median coyunturas procedimentales que constituyen una valla infranqueable para el ejercicio de aquéllas y, en definitiva, para la obtención de la verdad "real". En otra oportunidad, tuvimos ocasión de señalar lo siguiente "... decíamos anteriormente que las diligencias para mejor proveer son una migeración de los postulados del principio dispositivo, en aras a la obtención de una verdad real, que no puede desnaturalizar la esencia de aquél. Por eso es que, a veces, el juzgador debe conformarse con la verdad que intuye que es meramente formal. Ello ocurre, ora, por incidencia de limitaciones legales de medios probatorios, ora por encontrarse ante hechos admitidos que le vedan toda posibilidad investigatoria y, más frecuentemente, por el juego de las cargas procesales, tan caro al principio dispositivo (1). De todas maneras, que quede en claro que también el proceso civil actual persigue la verdad "histórica" y sólo se contenta con su "pariente pobre" (la "formal" o producto de los mecanismos técnicos del procedimiento) cuando están en juego valores que en el caso resultan de mayor jerarquía que la propia consecución de la "verdad verdadera". Sobre el particular, apuntábamos lo siguiente: "Maguer la usual afirmación que se realiza en el sentido de sostener que el proceso civil dispositivo se conforma con la verdad formal, en con-

traposición con el penal o con el civil de corte inquisitivo, que persiguen la verdad "real", preferimos, a la luz de lo expuesto, aseverar que el proceso civil dispositivo contemporáneo persigue también la verdad "histórica", contentándose con la formal sólo cuando ahondar una pesquisa sería equivalente a desbaratar los basamentos del principio dispositivo" (2).

Valga lo hasta aquí expresado como demostración de lo que va a constituir el material respecto del cual el magistrado ejercerá su potestad resolutoria, está conformado, habitualmente, por una cruz de ingredientes probatorios "efectivos" (es decir, pruebas colectadas por las partes) y de reglas decisorias enraizadas en mecanismos técnicos a los que poco les importe establecer la verdad "histórica". Revisten un trascendente papel entre las susodichas reglas decisorias las denominadas "reglas de la carga de la prueba" (3) que apuntan a determinar quien debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo; reglas que sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal supuesto, el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no probó (4). Palacio explicita aun más el punto, destacando que "Las reglas sobre la carga de la prueba, en síntesis, sólo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juez cual debe ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga" (5).

Sentado lo anterior, podemos ahora traer a cuento que ya hace un tiempo propusimos la noción de "carga probatoria dinámica" (6) a guisa de "vitalizadora" de la concepción estática y apriorística conforme a la cual, inevitablemente, la actora debe probar ciertos y determinados hechos y la demandada, otros. Acerca del

significado e implicancias del referido concepto, hemos manifestado lo que sigue: "De allí la conveniencia de que la doctrina (y algún día, también el legislador) se ocupe de conceptualizar detalladamente el tenor de estas nuevas cargas probatorias "dinámicas" que nos ocupan dicho ello en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras -e insistimos en el punto- a servir mejor a la justicia del caso concreto llevado a los estrados judiciales; servicio, y bien sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo (7).

En tren de identificar la categoría de las "cargas probatorias dinámicas", menos visualizado -entre otras- como formando parte de la misma a aquella según la cual le incumbe la carga probatoria a quien -por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actor o demandada- se encuentra en mejores condiciones para producir la probanza respectiva. Así es que hemos subrayado que se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Así, vg, 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 superviviente que los causahabientes del cónyuge fallecido)(8). Con ello procurábamos (y creemos que lo conseguimos) poner en evidencia la visión demasiado rígida y apriorística que la doctrina clásica tenía respecto de las reglas de distribución de la carga de la prueba. De ella, dábamos cuenta explicando que "Ocurrió entonces que adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios "tijaron" (y aquí este verbo debe ser entendido en un modo literal) las reglas de esta 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 al demandado y que fueran distintos de los invocados por el actor- debían ser acreditados por el demandado. Y punto" (9).

Después de la primera aproximación al tema de las "cargas probatorias dinámicas" que recordábamos "ut supra", volvimos a machacar sobre su perfil en otra monografía (10) y vislumbramos (y así lo comunicamos) su aplicabilidad en diversos sectores jurídicos (en el juicio de simulación, en el promovido por violación

del derecho de intimidad, etc.) y en especial en el ámbito de los procesos incoados en materia de responsabilidad profesional (11).

Lo cierto es que dicha doctrina de las "cargas probatorias dinámicas" en materia de responsabilidad profesional (en particular, la médica) hizo pie en el consenso general y fue bien recibida como una vía idónea para "aliviar" un tanto el a veces desmesurado esfuerzo probatorio exclusivo a cargo de la actora, arbitrando así una suerte sino de inversión total de la carga probatoria, al menos un relevamiento parcial (12). Tanto fue así que importantes certámenes científicos, de raíz civilista, han mencionado -expresa o tícidamente, aunque a veces un tanto embozadamente- el concepto de "carga probatoria dinámica". Así, por ejemplo, las V Jornadas Rioplatenses de Derecho celebradas en San Isidro en 1989 (13), las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil realizadas en 1989 (14) y las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa materializadas en 1991 (15), constituyen ejemplos palmarios de lo que decíamos más arriba acerca de la recepción a la que se ha hecho acreedora la doctrina de las "cargas probatorias dinámicas". Y qué decir del desafortunado artículo 1625 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial (16) cuyo texto denota un evidente ajuste con las coordenadas de la precitada doctrina. Por supuesto que resulta explicable la buena acogida de referencia dado que, por ejemplo, la doctrina de las "cargas probatorias dinámicas" facilita el desempeño probatorio de la actora que (por vía de hipótesis de trabajo) ha sido objeto de un tratamiento quirúrgico equivocado y sobre cuya etiología nada conoce porque en el recinto del quirófano sólo permanecen quienes, en definitiva, vienen a ser demandados y únicos testigos de lo que realmente ha acontecido. Pero como suele suceder, se corre el riesgo de que la impunidad profesional de otrora (al calor de esta nueva concepción, que viene a mitigarla) se transforme en un desenfrenada "caza de brujas" tratando de demostrar culpas profesionales por doquier y, para colmo, considerar a la "víctima" por elevada de efectivizar cualquier esfuerzo probatorio. Si ello ocurriera (y creemos que en algún grado, esto ha ocurrido) se habría consumado (una vez más) un movimiento pendular a los cuales somos tan afectos los argentinos. Ayer, impunidad en materia de responsabilidad profesional, hoy persecución implacable de la "mala praxis".

Se debe, entonces, poner las cosas en su quicio y subrayar que la doctrina de las "cargas probatorias dinámicas" sólo tiene por propósito dejar en claro que, vgr., no siempre la víctima (actora) deberá correr en exclusividad con la prueba de la culpa (o de la falta de ella) del médico (demandado). Acierta Vásquez Freyre cuando acota que: "Estas reglas de distribución

de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Este ya no puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a un resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda su prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas; que obró sin culpa (17), y también cuando destaca lo siguiente: "Téngase en cuenta que la prueba de presunciones, no es más que un medio de prueba por el cual precisamente se acredita la negligencia profesional. Y además, tampoco significa que el paciente puede adoptar una posición más cómoda en la contienda, pues a él le corresponde probar todos los hechos indiciarios. Es el paciente quien debe entonces probar todos los hechos reveladores que luego formarán en el juez la convicción que lo lleve a tener por probada -por presunción hominis- la culpa galénica (18); conceptos reafirmados con posterioridad (19).

Personalmente, nos ha ocurrido un poco como al aprendiz de brujo que una vez llevado a cabo el encantamiento no sabía como hacerlo cesar. Cuantas veces, nos hemos topado con interpretaciones descaminadas y casi apocalípticas de algunas concepciones novedosas que nos tocó en suerte echar a rodar. No queremos que ello acontezca con la doctrina de las "cargas probatorias dinámicas" que nació -entre otras cosas- para quitarles el "Bill" de indemnidad del que disfrutaban ciertos sectores profesionales; pero que no fue dada a luz para facilitar la promoción de procesos de tintes extorsivos y que constituyen verdaderas aventuras judiciales.

La prudencia siempre ha sido una de las virtudes más notorias y preciadas de los jueces nativos. Confiamos, entonces en que sabrán rechazar la tentación de considerar a la doctrina de las "cargas probatorias dinámicas" como un regla de "inversión de la carga de la prueba" (que no lo es) y calificarla, en cambio, como una regla no apriorística que impone una suerte de colaboración entre actora y demandada en la recolección del material probatorio.

NOTAS

(1) PEYRANO, Jorge W. "El Proceso Civil. Principios y Fundamentos", Bs. As. 1978, Editorial Astrea, pág. 79.

(2) *Ibidem*, página 79.

(3) GOLDSCHMIDT, James. "Derecho Procesal Civil", trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1936, Edit. Labor, pág. 8; aspectos generales de la noción de "carga procesal", pueden verse en N. Enrique Amaya, "Carga de la Prueba", Córdoba, 1972, págs. 19 y siguientes; Lorenzo Carnelli, voz "Carga Procesal", en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, 1955, t.II, págs. 708 y siguientes.

(4) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial", Bs. As. 1970, Editorial Víctor de Zavala. Tomo I, pág. 426.

(5) PALACIO, Lino. "Derecho Procesal Civil", Bs. As. 1972, Editorial Abeledo Perrot, Tomo IV, pág. 363.

(6) PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas" en E.D. Tomo 107, página 1005.

(7) *Ibidem*, página 1006.

(8) PEYRANO, Jorge W. "Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial", Rosario, 1983, Editorial Zeus, página 126.

(9) PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas" en E.D. Tomo 107, página 1006.

(10) PEYRANO, Jorge W. "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", en "Procedimiento Civil y Comercial", Rosario, 1991, Editorial Juris, Tomo I, págs. 77 y ss.

(11) *Ibidem*, página 79.

(12) VASQUEZ FERREYRA, Roberto. "Prueba de la culpa médica", Bs. As., 1991, Editorial Hammurabi, pág. 106.

(13) Punto 7 de las conclusiones de la Comisión No. 1: "En supuestos de responsabilidad subjetiva la culpa debe ser acreditada por el actor. Por tratarse de su propio obrar, el profesional demandado generalmente se encuentra en mejores condiciones de aportar los elementos técnicos demostrativos de su conducta diligente."

(14) Punto 6 de las conclusiones de la Comisión No. 5: "Cuando se funda en la culpa (se alude a la responsabilidad profesional), debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica que la hace recaer sobre quien se halla en mejor situación para probar".

(15) Punto 9 de las conclusiones de la Comisión No. 2: "Cuando la responsabilidad se funda en la culpa, ésta debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica -cuyo funcionamiento es de excepción- que hace recaer ésta en cabeza de quien se encuentra en mejor situación para probar (doctr. art. 377 Cód. Proc. de la Nación, art. 375 Cód. de la Provincia de Buenos Aires, y art. 335 Cód. Proc. de la Provincia de la Pampa)".

(16) Artículo 1625 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial "Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas (...) 2) En caso de con-

troveria queda a cargo del profesional la prueba de la prestación adecuada del servicio. Pero si de lo convenido o de la circunstancia resultara que el profesional debía procurar un resultado determinado, corresponde a él probar su constitución".

(17) VASQUEZ FERREYRA, Roberto. *ob. cit.*, página 110.

(18) *Ibidem*, página 112.

(19) VASQUEZ FERREYRA, Roberto, "El tribunal supremo español y la responsabilidad de los médicos", en *Juris*, Boletín No. 70, página 369 y ss.



QUIMICA SUIZA S.A.

Av. República de Panamá 2577 - San Isidro

Teléfonos 708484 - 709870 Fax 722495