

MATERIALES DE
**DERECHO
PROCESAL**



COMPILADOR
VICTOR R. TRIONFETTI

ENRIQUE M. FALCÓN

JORGE L. KIELMANOVICH

JUAN PEDRO COLERIO

JORGE A. ROJAS

ALEJANDRO VERDAGUER

SILVIA GUAHNON

LEONARDO LUBEL

GUSTAVO D. CARAMELO DÍAZ

HERNÁN PAGES

ANTONIO FALDUTTI

PABLO ANTELO

MARCELA P. SOMER

PAULA A. CASTRO

MARÍA E. NELLI

FERNANDO L. PIÑEIRO

JOSÉ IGNACIO BELLORINI

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

2002

PRESUNCIONES, RES IPSA LOQUITUR Y CARGAS DINÁMICAS

TRES CAMINOS PARA ALCANZAR CONVICCIÓN EN AUSENCIA DE PRUEBA DIRECTA

GUSTAVO D. CAMELO DÍAZ

El arte del proceso no es esencialmente otra cosa
que el arte de administrar las pruebas.

Jeremías Bentham

1. INTRODUCCIÓN

Provare o soccombere. Tal parece ser la alternativa de hierro a la que se enfrenta el abogado de cara a la tramitación de un proceso. Pero... ¿es efectivamente así? ¿Debe siempre obtener prueba directa acerca de los hechos invocados y de la forma cómo se produjeron? Una respuesta positiva nos enfrentaría a un panorama incierto; porque es usual que el profesional asista técnicamente a personas que se encuentran en una notoria inferioridad de condiciones para obtener la prueba de los hechos, ya sea por falta de información, ya porque enfrentan a demandados que, intencionalmente, han cubierto las huellas dejadas por sus pasos en el terreno fáctico o, simplemente, porque así es la vida.

El proceso es el campo de la igualdad. Un espacio que nuestro sistema consuetudinario preserva para que debatan en paridad fuertes y débiles; pobres y ricos; expertos y profanos. En este trabajo intentaré facilitar al lector una aproximación al empleo de algunas herramientas —las presunciones hominis, la regla res ipsa loquitur y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas—, de aplicación jurisprudencial, que permiten que el juez atraviese las barreras de las asimetrías y las dificultades probatorias y forme su convicción acerca de un determinado hecho o conjunto de hechos, en ausencia de prueba directa.

En algunas áreas temáticas —como la de los casos de mala praxis médica— se advierte la eficacia de estos recursos técnicos que permiten enervar los efectos de una relación de notoria desigualdad entre el médico y el paciente-víctima en lo atinente al conocimiento de la forma de desarrollo de los hechos; aun cuando su efectividad no se encuentra restringida a esa temática, sino que puede verificarse ante los problemas probatorios suscitados por diversas relaciones jurídicas.

Otro interesante precedente lo hallamos en el ámbito de la competencia originaria de la Corte Suprema. En esa instancia la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) interpuso un amparo contra la Provincia de Buenos Aires y el Ente Provincial Regulador Energético, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de unos decretos provinciales que afectaban —al decir de la actora— el orden jerárquico nacional, las garantías de igualdad y de propiedad y las normas constitucionales sobre comercio interprovincial.

En esa oportunidad la Provincia de Buenos Aires opuso la excepción de falta de legitimación activa aduciendo que la actora no estaba obligada a efectuar ningún pago en virtud de la legislación impositiva impugnada, y que en consecuencia esa asociación no revestía el carácter de titular de los derechos que intenta proteger, ni acompañó poder alguno que le acordara facultad de comparecer en representación de los sujetos legitimados. La Corte rechazó tal planteo, pues juzgó que la actora se encuentra comprendida entre las asociaciones enumeradas en el art. 43 de la Constitución, toda vez que ha sido creada por decreto con la finalidad de proveer la defensa de los intereses de sus asociados que son precisamente los grandes usuarios de electricidad⁵².

7. Conclusión

El trabajo que hemos desarrollado sobre el amparo ha tenido un doble objeto. Por un lado, analizar su evolución y derrotero desde su reconocimiento jurisprudencial en "Siri" y "Kot" hasta su recepción constitucional en el año 1994. Por el otro, percibir al amparo desde el mismo vértice de la Constitución, es decir, como garantía por excelencia de los derechos fundamentales. Y esto último es tal vez lo más importante, pues, por sobre todas las cosas, y más allá de la regulación normativa que en el futuro se haga, está la carga axiológica del juez que, al interpretar el alcance de esta garantía, nos habla de los valores que imperan en la sociedad en la cual actúa.

⁵² Ver C.S. 22 de abril de 1997, "Asociación de Buenos Aires". La Ley 1997-C-322. Es importante que la Corte Suprema, frente a la movilidad del legislador el nuevo amparo constitucional, haya optado por entender que la legitimación confiere a las asociaciones referidas en el art. 43 de la Constitución Nacional es operativa, aun cuando la norma constitucional ni los debates habidos en el seno de la convención constituyente, se hayan orientado en ese sentido.

2. EL SUSTENTO DE UN ADECUADO

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

El empleo de los recursos aludidos tiene por objeto superar la trampa for-
nates del proceso, para intentar alcanzar la verdad material de los hechos que
generaran el conflicto evaluado, más allá del estricto cauce determinado por el
esquema habitual de distribución de la carga probatoria.

Los litigantes tienen el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe. Existe,
pues, una suerte de regla moral o ética que preside el trámite y que ha llevado a
que se sostenga, por ejemplo, que en los procesos de simulación existe un "deber
moral" de los accionados de suministrar elementos tendientes a demostrar su ino-
cencia.¹ Claro es que los jueces no pueden pretender que un litigante aporte di-
rectamente los elementos que permitirán fundar una sentencia en su contra, pe-
ro sí que se abstenga de mantener una actitud especulativa y pasiva frente a las
afirmaciones e intentos probatorios de su contraria y que, por ejemplo, juzgue co-
mo elemento a tener en consideración a la hora de la sentencia la existencia de
indicios endoprocesales, como la conducta del litigante durante el transcurso del
proceso, tal como lo habilita el artículo 163, inciso 5°, tercer párrafo, del CPCC,
cuando establece que "La conducta observada por las partes durante la sustan-
ciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de
las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".

Es que, con base en las reglas de la sana crítica, los jueces deben examinar en
conjunto las pruebas aportadas, integrando y armonizando debidamente los
elementos de juicio obrantes en la causa.² Una valoración sesgada o parcial pue-
de convertir a la sentencia en un pronunciamiento arbitrario, alejado de la de-
rivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso
que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación exige como constitutiva de
un pronunciamiento judicial válido.³

Claro es que los jueces no tienen que considerar en su sentencia todos y ca-
da uno de los elementos aportados por las partes como tampoco tienen la
obligación de ponderar todos y cada uno de los argumentos por ellas esgrimidos; pero deben emplear su criterio, su saber y su experiencia para seleccionar
y considerar todos aquéllos que resulten relevantes para la emisión de un pro-
nunciamiento constitucionalmente válido.

2 CNCom. Sala I. "Decree Rodolfo Antonio (Proveído Prato, María Adela y otro simulación)", del 10 de ago-
sto de 1987.

3 C.S.J.N., P. 1550, XXXII, "Recurso de hecho in re Penheto, Ana María y otro (Instituto de Servicios Socia-
les para el Personal Ferroviario)", del 10 de diciembre de 1997; id. H. 20, XXVIII, "Recurso de hecho in re He-
mera, Faustino (Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles)", considerando B°;
CNCom. y Com. Federal, Sala I, "López Juan Carlos y otro (Subsecretaría de Transporte Aéreo, Fluvial y Mar-
ítimo (Servicios Transportes de cosas)", interdicto no del 15 de abril de 1993, entre otros.
4 Ver Palacios, Lino Enrique, "El recurso extraordinario federal", 3ª ed. ampliada, pag. 238 y sig. E. Abelardo Pe-
riot, Buenos Aires, 2001.

El juez, en general, sólo puede adquirir en el proceso un grado de certeza más
o menos elevado acerca de cómo han transcurrido las circunstancias invocadas
por las partes; pero no la verdad absoluta. Por aplicación de la regla general en
materia de carga probatoria, será quien alega acerca de la existencia de un he-
cho y de un determinado modo de ocurrir las cosas quien deberá incorporar
al proceso la prueba del caso. Hay determinados hechos que no deben ser pro-
bados —v.g.: los confesados o reconocidos por la contraria, los no afirmados, los
notorios y las presunciones legales—; otros deben ser acreditados por alguno de
los medios previstos en los ordenamientos procesales de aplicación en cada ju-
risdicción, que no constituyen un numerus clausus o enunciación taxativa, y cu-
yas categorías suelen comprender a las nuevas técnicas probatorias surgidas en
virtud del avance tecnológico y científico.⁴

Pero habrá ocasiones en las que no podrá incorporarse al proceso ningún ele-
mento de prueba directa de los hechos, y ello ocurre con frecuencia en juicios,
como los de responsabilidad profesional, los de simulación —cuando quien de-
manda es un tercero ajeno al acto cuestionado—, los de divorcio culpable, los de
filiación y el los de alimentos, entre otros.

En determinados supuestos, como los vinculados con la responsabilidad pro-
fesional, suele verificarse el fenómeno de asimetría al que aludiera: dado que la
parte contra quien se intenta probar posee la información que la otra requiere
para sustentar el derecho que invoca y, en el habitual marco agonal del litigio,
no la pondrá a disposición de quien procura su condena. Por ello es necesario
recurrir a técnicas que permitan quebrar los efectos negativos de esa distinta si-
tuación de los litigantes frente al conocimiento de los hechos y circunstancias
que motivaran el reclamo judicial y que llevarán al juez a alcanzar, sobre la base
de las reglas de la sana crítica que rigen su labor como sentenciante, una con-
vicción respecto de la forma cómo ocurrieron las cosas. En otras oportuni-
dades, lo que se enfrentará será —directamente— el ocultamiento o el fraude ten-
diente a presentar una versión tergiversada de los hechos, como ocurre en los
casos en los que se ha provocado una insolvencia fraudulenta; o la necesidad de
pasar cierta prueba por el tamiz crítico de las reglas de la lógica y la experien-
cia, ya sea para restarle virtualidad —como cuando se sopesan las contradic-
ciones de un testigo que tiene alguna vinculación con las partes— o para confir-
mar la relevancia como indicios, como ocurre con la descripción testimonial del es-
tado de vida del peticionario de un beneficio de litigar sin gastos.

En esos casos, resulta de gran utilidad, sino imprescindible, que la defensa in-
tente basar su esquema probatorio en alguna de las herramientas mencionadas
que presentan distinto grado de basamento normativo.

1 Así, las pruebas genéticas, las de relevamiento de comunicaciones por medios telemáticos y otras quedan
generalmente comprendidas en la categoría amplia de las pruebas periciales, que subsisten en su ámbito las
distintas modalidades de acreditación de un hecho, siempre que se trate de procedimientos homologados
como idóneos para alcanzar la finalidad perseguida.

Presunciones	Legales	
	iuris tantum	Admiten prueba en contrario
Judiciales	iuris et de jure	No admiten prueba en contrario
	Extraídas por el juez en base a indicios	

Las presunciones judiciales son aquellas que extrae el juez en base a indicios o hechos que no tienen relación directa con el hecho a probar; pero que, unidos, tienen fuerza convictiva suficiente.

Se discute en doctrina si constituyen o no un medio de prueba. El Código Civil incluye a las legales y judiciales entre los medios probatorios que enuncia en el artículo 1190, y autores como Kleinmanovich, siguiendo a Devis Echeandía, consideran que se trata de un medio autónomo o singular para la demostración de los hechos controvertidos y conducentes⁸. El Código Procesal federal las trata al evaluar los requisitos de la sentencia, y parte de la doctrina considera que no se trata de un medio probatorio específico, pues se obtienen de juicios lógicos y de razonamientos del juez –un método intelectual–, que no constituyen prueba directa⁹.

Cualquiera sea la posición que se adopte respecto de esta discrepancia doctrinaria, ella no altera el mecanismo con el que operan las presunciones hominis que parten de indicios y los evalúan de un modo lógico para establecer una determinada certeza, referida a un hecho o circunstancia fáctica, de la que se derivan efectos jurídicos.

A menudo los jueces apoyan sus fallos en presunciones que no son tratadas, en modo explícito, como tales. Ello ocurre cuando asientan sus decisiones en informes técnicos periciales en los que los expertos establecen conclusiones lógicas en base a indicios o circunstancias por ellos corroborados en cumplimiento de su cometido y de las que extraen determinadas conclusiones en base a su experiencia profesional o en determinados criterios estadísticos preestablecidos. Esas conclusiones no son más que presunciones técnicas que, a menudo, el juez toma por válidas y hace suyas.

⁸ Kleinmanovich, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, pág. 646, Rubinzal, Cultroni Editores, Buenos Aires, 2001. Asimismo considera a la presunción prueba indirecta, *Tratado Técnico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., T. III, pág. 686, Ed. Ediz. Buenos Aires, 1961.

⁹ Así, Patación op. cit., pág. 451; Santos Melendo, *loc. cit.*; Ponca, Carlos Raúl, *Estudio de los procesos civiles*, T. 2, pág. 293, Ed. Abasco, Buenos Aires, 1996; Fendolichietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª edición actualizada y ampliada, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, entre otros.

En la valoración del conjunto, el juez podrá advertir, por ejemplo, que si bien algunos elementos de prueba no permiten, en forma individual y aislada, tener por acreditado un hecho, si llevan a tal estado convictivo cuando se los asocia o vincula en la ponderación. La sana crítica no se cierra en límites abstractos y tampoco viabiliza la discrecionalidad absoluta del juzgador, sino que es consecuencia de un ordenamiento integrado en el que se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable, es decir, son normas de lógica insertas en el cauce jurídico⁵.

Naturalmente, los propios límites del razonamiento judicial y de la garantía del debido proceso, impiden que el juez reste virtualidad a un elemento probatorio directo, para sustituirlo por una construcción intelectual sustentada en indicios de menor entidad⁶, ya que de proceder así estaría faltando a los deberes que nuestro ordenamiento constitucional le impone; pero nada impide que utilice la lógica presuncional para pasar por la criba de la valoración lógica a los elementos convictivos aportados por las partes al proceso.

3. LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

3.1. Concepto y naturaleza

Se establece en el artículo 163, inciso 5º, segundo párrafo, del CCPC, que "Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados, y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica".

El artículo nos habla de "presunciones no establecidas por ley", por lo que se refiere a las conocidas como presunciones hominis o judiciales y no a las legales, que, según Couture, son "proposiciones normativas instituidas en la ley afirmando o negando la existencia de un hecho, en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él" y que se subclasifican en *iuris tantum*, cuando admiten prueba en contrario y *iuris et de jure*, cuando no pueden ser desvirtuadas por medio alguno, por lo que constituyen un valladar a cualquier actividad probatoria.

⁵ ChelCern, Sula B. 15 de febrero de 1995, E.D. 163-777, citado por Anzor, Roland, Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. I, pág. 518, Ed. Rubinzal Cultroni, Santa Fe, 2001.

⁶ "Al existir una prueba directa, proveniente del dicho de un testigo no impugnado, que demuestra plenamente un hecho opuesto al indicado por las presunciones, la eficacia probatoria de éstas desaparece", conf. S.C.B.A., *Sans de Zunino, Adriana c/ Zunino, Luis María s/ simulación*, del 11 de diciembre de 1994.

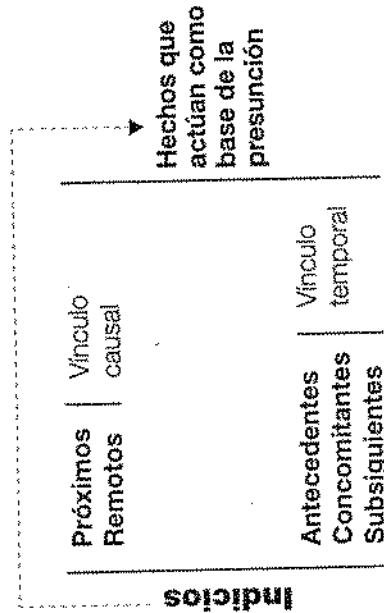
⁷ Citado por S. Santos Melendo, pág. 128, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1978. Para Palacios, las presunciones legales importan una valoración parcial del objeto probatorio por vía de una excepción de una actividad procesal que sería necesaria en casos normales, por lo que no configuran un medio de prueba. Palacios, Uno Linique, *Derecho Procesal Civil*, T. V, pág. 450, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.

En otras ocasiones, las presunciones son empleadas en forma velada en la labor interpretativa, pues permiten presumir que las partes otorgaron a sus actos o dichos un cierto sentido, conforme las máximas de la experiencia; de hecho, la aplicación de la regla contenida en el artículo 1198, primer párrafo, del Código Civil, por la que "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión", en la generalidad de los casos no conduce más que a la formulación de un juicio presuntivo por parte del juez.

Más allá de tales supuestos, las presunciones convictivas son habitualmente aplicadas en la resolución de causas sobre simulación, cuando quien demanda es un tercero, sobre filiación, sobre matrimonio, sobre alimentos, en los casos de mala praxis médica y en los accidentes de tránsito, entre otros.¹¹

3.2. Elementos
3.2.1. Los indicios

Los indicios son los puntos de apoyo de toda presunción. Se trata de hechos probados por medios directos de los que puede derivarse la certeza de un hecho y, con base en Alsina, los podemos clasificar en:



Hechos que actúan como base de la presunción

Los próximos son los que tienen relación directa con el hecho, pero sin que lo hagan suponer necesariamente, porque entonces serían ya evidencia directa y no indicios —como los gastos mensuales con tarjeta de crédito en la evaluación de ingresos de un sujeto—, y los remotos son los que no tienen con él más que una relación indirecta, tales como determinados antecedentes del sujeto —como los comentarios de un testigo de referencia acerca de conductas desaholladas por el demandado—.

10 Ver Kalkanevich, op.cit., pág. 650.

11 Alsina, op. cit., pág. 689.
12 Alsina, op. cit., pág. 690.

Los antecedentes están constituidos por actos preparatorios —como los realizados para facilitar el ardid que se procura desarrollar en una maniobra dolosa— los concomitantes son los que acompañan al hecho —como la declaración de haberse abonado el precio con anterioridad a la firma de la escritura, en el caso de la simulación— y los subsiguientes son los posteriores al hecho, como la fuga del presunto culpable del lugar del accidente o la falta de percepción de los alquileres por el supuesto comprador del inmueble¹².

Para que puedan conformar presunciones judiciales válidas, los indicios deben:
* Halarse comprobados por medio de pruebas directas —requisito que debe apreciarse con cierta elasticidad como lo expondré al referirme a la concatenación de presunciones—

* Haber sido sometidos a análisis críticos, destinado a verificarlos, precisarlos y valorarlos, a sopesarlos en su utilidad para la construcción de un razonamiento jurídico adecuado;

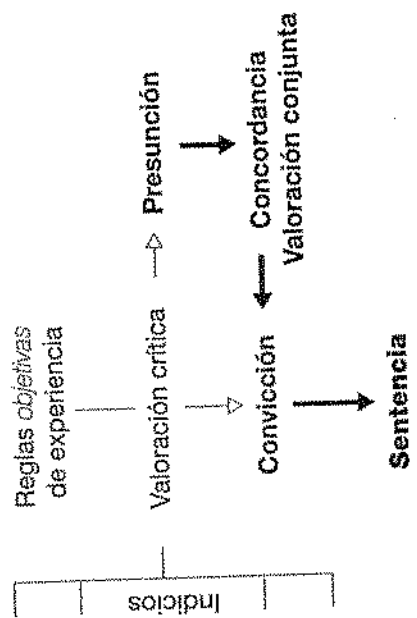
* Ser independientes, pues no deben contarse como indicios distintos los que tienen el mismo origen probatorio ni considerarse como diferentes los que constituyan momentos o partes sucesivas de un solo proceso.

- * Ser varios;
- * Ser concordantes y ensamblar entre sí de manera de producir un todo coherente y natural;
- * Ser convergentes, de modo que no conduzcan a conclusiones diversas;
- * Generar conclusiones inmediatas que excluyan las hipótesis de acción probable del azar o de falsificación de la prueba.

Es habitual que en los códigos que contemplan esta vía para alcanzar convicción, se establezcan algunas de estas pautas para evitar que la presunción sea un arbitrio valorativo del juez ajeno al principio de congruencia.

3.2.2. El enlace lógico

Ahora, bien, ¿cómo se produce el razonamiento que conduce a establecer una determinada presunción a partir de la verificación de ciertos indicios? Pues, al cabo del proceso probatorio es posible advertir la existencia de determinados hechos que carecen de aptitud para que se tenga por acreditada una circunstancia fáctica, un hecho; pero que evaluados bajo el haz crítico de las reglas de la experiencia, permiten considerar verosímil el extremo que se pretendía probar, una circunstancia relevante para la decisión del conflicto.



En ausencia de prueba directa o ante las deficiencias de ésta —v.g.: testimonio de cuya veracidad se sospecha— cabe evaluar si un hecho corroborado puede constituir un indicio en el que se asiente una presunción que otorgue coherencia al esquema probatorio considerado. Esa evaluación se hace sobre la base del "enlace" al que alude la doctrina española¹³, constituido por una máxima de experiencia suficientemente válida y aceptada en el proceso y a tenor de la que el hecho base es capaz de transmitir fiabilidad respecto de la existencia de las circunstancias de hecho alegadas¹⁴.

¿Debe el enlace asentarse en una pluralidad de indicios o basta uno solo? Kieimanovich considera viable esta última posibilidad y sostiene que, en un esquema de valoración de la prueba regido por el sistema de la sana crítica, será la cualidad y no la cantidad lo que determinará la idoneidad convictiva del hecho¹⁵. Muñoz Sabaté nos recuerda que los indicios no se cuentan, sino que se pesan y nos habla de presunciones monobásicas, bibásicas, tribásicas o polibásicas, según el haz de indicios que integren las distintas proposiciones, al tiempo que señala que en el derecho histórico, el carácter polibásico de las presunciones era exigido por ley; pero que cuando el ordenamiento francés o el italiano —al igual que el argentino— exigen que las presunciones sean "graves, precisas y concordantes", se trata de preceptos puramente admonitivos de una simple recomendación¹⁶.

13 El artículo 1263 del Código Civil español habla de "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".
14 Calafías García, Juan Carlos, "La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil", Madrid, Ed. Tróika, 1992, pág. 141.
15 Kieimanovich, op.cit., pág. 648.

La concurrencia de varios indicios en una misma dirección, partiendo de puntos diferentes, aumenta la verosimilitud de las conclusiones derivadas de cada uno de ellos con una nueva probabilidad que resulta de la unión de todos los otros, constituyendo una verdadera resultante, expresada por el producto y no por la suma de los valores individuales¹⁷. Al respecto, Falcón sostiene que la probabilidad con la que se vincula el fundamento de la inducción, debiera contemplarse como confirmación gradual, antes que desde el punto de vista frecuencial¹⁸, de modo que las distintas presunciones, en su orden de concurrencia, se corroboran entre sí y dotan de mayor solidez convictiva a la conclusión lógica que de ellas se extrae. No se trata de una sucesión de indicios encadenados de modo tal que un eslabón debil pueda romper la secuencia lógica, sino de un conjunto de hebras argumentales entrelazadas, cada una de ellas con distinta entidad; pero con aptitud para contribuir a la mayor resistencia de la estructura general del sistema argumental que integran.

Ahora bien, ¿qué ocurre con los fenómenos de concatenación? ¿Puede una presunción servir de sustento a otra presunción? En principio, debiéramos contestar que no, que las presunciones deben basarse en indicios verificados por prueba directa y que rige la máxima "praesumptio de praesumptione non admittitur", pero no tiene sentido práctico que limitemos a priori, en forma dogmática, las herramientas con que podríamos contar ante casos que pudieran requerir de un razonamiento complejo. Lo que sí cabe exigir es que el enlace lógico entre las distintas presunciones tenga la suficiente seriedad como para que no resulte un castillo de naipes que colapse su estructura ante una simple crítica¹⁹ y que las presunciones antecedentes se basen en indicios serios y relevantes.

Como explica Kieimanovich, citando a Gorphe, ver en el acto de extraer una presunción un mero proceso de razonamiento ha sido un punto de vista jurídico demasiado estrecho, pues sólo los casos simples se reducen aproximadamente a una inducción o a una deducción; pero generalmente es en los casos complicados cuando se necesita recurrir a las pruebas menos perfectas y se deben suplir de algún modo las lagunas de los datos²⁰.

16 Ver Feyraro, Jorge W., "El indicio vehementer", E.D. del miércoles 22 de noviembre de 2000, pág. 1, trabajo en el que este autor evoca la admisibilidad del indicio vehementer, aquí que, pese a ser adido, posee la aptitud de formar convicción judicial en mérito a determinadas circunstancias excepcionales.
17 Muñoz Sabaté, Luis, "Técnica probatoria", 4ª ed., corregida y aumentada, pág. 226 y 228, Ed. Procs. Madrid, 1993.
18 Falcón, Enrique F., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", 7ª ed., pág. 145, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
19 Ver sobre el tema Muñoz Sabaté, op.cit., pág. 224.
20 Kieimanovich, op.cit., pág. 652.

3.3. La crítica

¿A qué elementos debe apuntar la crítica de una sentencia basada en presunciones?²¹ En primer término, debe verificarse si concurren los requisitos establecidos por el código como necesarios para la utilización de esta herramienta convictiva; es- to es, básicamente, si se trata de presunciones graves, precisas y concordantes. Luego, si ellas han sido establecidas por medio de un procedimiento lógico adecuado. Por ejemplo, debemos verificar si la máxima de experiencia emplea- da por el juez para la ponderación del indicio responde a pautas objetivas o si se trata de una mera opinión del magistrado, basada en circunstancias o ante- cedentes particulares, ajenos a la consideración del común de las personas y, en especial, a la de las partes.

El núcleo de la presunción se encuentra en la corrección del procedimiento de enlace, pues él determina la adecuada selección de los indicios y su correcta va- loración a la luz de criterios de experiencia objetivos. Esa objetividad es esencial para que la presunción goce de valor convictivo y no constituya un mero arbitrio del magistrado. Así, se ha sostenido que la eficacia de la presunción exige que se funde en criterios lógicos, científicos y en las reglas generales de la experiencia, pa- ra evitar que la presunción sea una mera consecuencia de la subjetividad del juz- gador o de la arbitrariedad de sus normas²².

Más allá de la corrección lógica del razonamiento que lleva del indicio a la presunción, la eficacia convictiva de ésta puede ser desvirtuada por vía de la for- mulación de infirmaciones; esto es, de hipótesis plausibles enunciadas en contra- dicción con la objetad²³. Tal aspecto del debate, el entrecruzamiento de for- mulaciones presuntivas sobre la base de indicios corroborados en el trámite de la causa, tendrá lugar en los alegatos, en los que el abogado debe intentar dotar de sentido a la información sobre los hechos, reunida en la etapa probatoria.

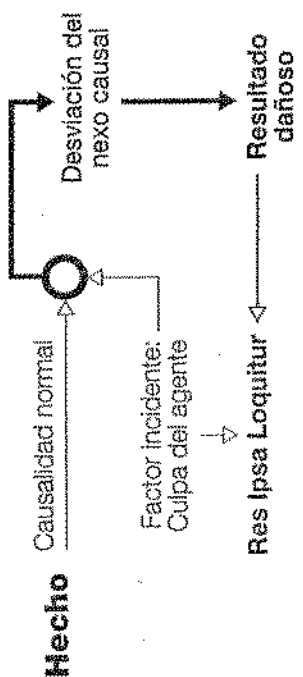
4. RES IPSA LOQUITUR

4.1. Fundamento.

Un médico olvida objetos en el cuerpo del paciente²⁴; una señora ingresa a una clínica para ser sometida a una sencilla operación en sus pies y a los pocos

21. Un detallado análisis de la forma de atacar la prueba presuntiva en el sistema de la casación española puede verse en Cobiñas García, op. cit., págs. 290 y siguientes.
22. VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Comisión 6, conclusiones Viedma, Río Negro, 15 al 19 de marzo de 1976, tomado de Quiroz Fernández Juan Carlos, "Congresos Nacionales de Derecho Procesal, con- clusiones", Pág. 108, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994.
23. Muñoz Saldaña, op. cit., pág. 453.
24. "Sherson vs. Weiser", 57 Cal 2d 834 22 Cal Repr 337, 373 P 2d 97, citado por Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad Civil de los médicos", T II, pág. 222, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1997.

días muere de tétanos postquirúrgico²⁵; un hombre sano de cuarenta años se somete a una operación de hernia inguinal que le provoca atrofia en un testícu- lo²⁶; una joven mujer ingresa a una guardia hospitalaria y durante la atención allí recibida, padece una lesión en el nervio radial²⁷; un paciente que ingresa al qui- rófono para ser sometido a una apendicectomía sale de allí con quemaduras en los brazos. Muchos son los casos en los que surge con toda evidencia que ha ocurrido algo anómalo, algo que no siguió el curso normal y habitual de las co- sas y que generó un daño. ¿Es lógico en estos casos que la víctima deba remar- contra la corriente del sentido común y de la lógica para desentrañar qué es lo que ocurrió o cabe exigirle al sujeto activo del hecho que sea él quien allegue los elementos necesarios para demostrar que su proceder fue correcto? En el ámbito del derecho anglosajón se adoptó hace ya tiempo este último criterio, compartido desde hace algunos años por muchos jueces de nuestro sistema. Se trata de la aplicación de la regla res ipsa loquitur que se emplea cuando los he- chos hablan por sí mismos, y que permite fundar muchas condenas, cuando el daño sólo puede explicarse por el apartamiento del causante de las exigencias de la diligencia debida.



4.2. Origen de la doctrina

El origen de la doctrina de res ipsa loquitur—también conocida como circunstan- cial evidence, en el ámbito anglosajón id quod plurimque accedit, en Italia; prueba prima facie, en España; faute virtuelle, en Francia y como regla del Anscheinsbeweis o apariencia de prueba, en Alemania— puede ser establecido en Inglaterra, en 1863, en una argumentación del Barón Pollock²⁸. Desde entonces, este criterio ha ido de-

25. Tribunal Supremo español, Sala I, 575, 1ª 9/12/1988 (RAJ 9427) *Adriano R.P. c. Juan María X.S., Rodolfo M., Hospital San Felipe y Mutual General de Seguros*.
26. C.2da Apéls. La Plata, sala 1ª, 4/9/86, Rompey, Omar v. Prov. De Bs. As., JA 1987-1458, citado por Adla Kornel- mayer de Carlacci. "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", JA, 1992-II-815.
27. Tribunal Supremo español, Sala Civil, sentencia 3553/1997, del 20 de junio de 1997 —recurso de casación 3533/1993.
28. "[t]here are certain cases of which it may be said res ipsa loquitur[...]" [t]he mere fact of the accident

sarrollándose jurisprudencialmente, y hoy día es objeto de fuertes críticas a punto tal que algunos comentaristas sostienen que debe ser descartado²⁹.

4.3. Requisitos

Es una regla probatoria por la que la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurre normalmente en ausencia de culpa y, entre los requisitos de su aplicación, se pueden mencionar los siguientes³⁰:

- 1. Debe tratarse de un hecho que normalmente no ocurre sin negligencia, pues la mera rareza no es suficiente;
- 2. No se trata simplemente de un resultado adverso. La negligencia debe aparecer como la causa más probable;
- 3. Debe haber posibilidad de control por parte del sujeto activo, pues sin posibilidad de control no hay culpa;
- 4. No debe existir contribución causal o culposa de parte de la víctima y se requiere que el accidente:
 - a) sea de la clase que ordinariamente no ocurre en ausencia de algún tipo de negligencia;
 - b) haya sido causado por un agente o por un instrumental bajo el exclusivo control del demandado, y
 - c) se produjera sin que mediara contribución de parte de la víctima.

4.4. Efectos

En relación con sus efectos hay tres posiciones:

- 1) la de la doctrina mayoritaria, que considera que se trata de una presunción de negligencia;
- 2) la que invierte la carga de la prueba y en ausencia de elementos de descargo, hace lugar a la demanda, y
- 3) la que determina que la inferencia condenatoria resulta obligatoria si no hay prueba en contra³¹.

having occurred is evidence of negligence." Henderson, J. A., *The Torts Process*, 2d ed. 1981, Little, Brown & Company, las págs. 428-429; Morris, C., *Morris on Torts*, 2d ed. 1980, Foundation Press, pág. 117, conforme a la hecha en el caso CC-1998-0911, del 30 de junio de 2000, del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

29 W. L. Prosser, *The Procedural Effect of Res Ipsa Loquitur* 20 *Pinn. L. Rev.* 241, 258 (1936), y *Res Ipsa Loquitur in California*, 37 *Cal. L. Rev.* 182, 234 (1949), citado en el precedente mencionado en la nota que antecede.

30 Lorenzetti, op.cit. pág. 221.

31 Lorenzetti, op.cit., pág. 223.

4.5. Aplicación

La aplicación de la doctrina de res ipsa loquitur debe ser evaluada siempre que un resultado dañoso no pueda ser explicado sin considerar como la más seria posibilidad el que haya mediado un obrar culpable del sujeto activo³² y es claro que, como toda regla que provoca la inversión del criterio general en materia de cargas probatorias, debe ser aplicada con criterio prudente y restrictivo³³.

4.6. Crítica

Por su conformación lógica, la regla que evaluamos tiene la estructura de una importante presunción que debe ser objetada por vía de argumentos y elementos convictivos que ataquen el núcleo del enlace crítico efectuado por el juez, quien presume que de no haber mediado un obrar culpable no se habría producido el resultado. Es claro, que tal conclusión puede ser objetada demostrando, por ejemplo, que el resultado disvalioso verificado presenta una incidencia estadística suficientemente alta como para generar un razonable marco de duda acerca del obrar culpable del sujeto activo del hecho o bien acreditando la concurrencia de un factor ajeno con vinculación causal directa con el daño producido.

5.- TEORÍA DE LAS CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA

5.1. Fundamentos

Cuando un paciente que se encuentra completamente dormido por efecto de la anestesia sufre un daño injustificado durante el transcurso de una operación de la que participan varios profesionales, ¿quién está en mejores condiciones de explicar qué pasó en el interior del quirófano, el paciente, profano en conocimientos e inconsciente durante el evento, o los expertos conscientes? ¿Es razonable aplicar rigidamente las reglas clásicas del onus probandi en un supuesto como el indicado? Una nueva respuesta a tal pregunta ha sido dada por la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Explica Peyrano que esta construcción teórica plantea que el derecho no debe basarse en rigideces y estructuras pétreas, sino que debe ajustarse a las circunstancias del caso y apunta que las reglas de la carga de la prueba sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar la certeza del juez, supuesto en que el tribunal debe fallar en contra de quien debía probar y

32 Ver el voto del Dr. Bover en C.N.Civ., Sala D febrero 28-99% "G. FM, y otro c. Centro Médico Lacrosse y otros", L.L. 1996-D-447, con nota de Roberto A. Vázquez Ferrera, "Importantes aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica".

33 Un buen análisis de la aplicación de esta herramienta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español pueda encontrarse en de Ángel Yagüe, *Ricardo. Responsabilidad civil por actos médicos, problemas de prueba*, pág. 94 y siguientes, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

5.3. Aplicación

No obstante, una cosa es que la prueba no permanezca estática en cabeza del actor y se desplace a la parte que alegue en su defensa un hecho o circunstancia distinto de los enunciados en la demanda para acreditarlo, y otra diferente, que ello exima al actor de probar lo que afirma en sus escritos o que implique ungr como verdad lo dicho en la demanda; pues la interpretación que no haga esta distinción implica condenar a priori al demandado, sin que medien reglas explícitas de inversión de la carga de la prueba o responsabilidades objetivas.³⁷

La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas debe efectuarse en conjunto con los antecedentes del caso y las pruebas aportadas por las partes 38, con carácter restrictivo, pues no cabe dejar de lado el principio general conforme el que la culpa debe ser probada por quien ha resultado damnificado, pues si bien las herramientas que estudiamos han sido elaboradas para permitir al juez acceder a la verdad objetiva, deben ser empleadas con prudencia y nunca cuando la inocencia de los sindicados quede acreditada de manera directa.³⁹

Se ha entendido que si un profesional médico alega que actuó de un modo diligente y pretende que el juez recepte tal criterio, deberá colaborar con el órgano aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su no culpa, pues una conducta pasiva en materia probatoria constituiría una violación a elementales principios de buena fe, que el juez no podrá dejar de valorar al momento de dictar sentencia.⁴⁰

Buena señal que la depuración generada por el debate académico y científico en el país ha permitido establecer que "Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación de probar".⁴¹

La participación activa del demandado en la incorporación de elementos conictivos que permitan al juez formarse un panorama lo más amplio posible de la situación de hecho en la que se funda la demanda ha sido especialmente exigida en los casos de responsabilidad médica y así se ha señalado que el principio de la carga probatoria dinámica impone el de cooperación que deben asumir los pro-

37 Conf. CN Civ. Sala I, L. 324/270, "Francis, Paulino Osvaldo y otro c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otros s/díchos y perjuicios responsabilidad profesionales médicos y auxiliares", del 7 de noviembre de 2001.

38 CN Civ. Sala "D", caso citado en nota 48.

39 CN Civ. Sala "C", "Rodríguez Alicia y otro c/Financiam S.R.L. y otros s/responsabilidades profesionales" del 2 de septiembre de 1992.

40 CN Civ. Sala D, 12-05-92, Jurispr. Cám. Civ. 16a. Sem. 0052281.

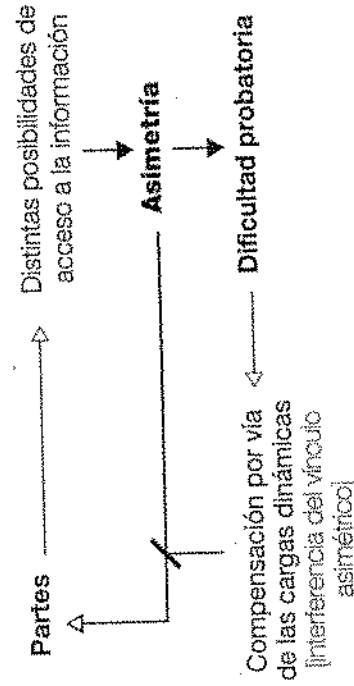
41 Buena señal que la depuración generada por el debate académico y científico en el país ha permitido establecer que "Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación de probar".

no probó, siendo de aplicación la regla de la distribución de las cargas probatorias según la que la prueba debe colocarse en cabeza de la parte que está en mejores condiciones de producirla".

En el sustento teórico de la doctrina de las cargas dinámicas tienen especial incidencia los principios de unidad y de comunidad de la prueba. Aquel impone la consideración de los elementos conictivos en su conjunto y tiene en cuenta que la certeza no se obtiene, a menudo, de su valoración aislada o fragmentaria, sino de su aprehensión en conjunto. Este establece que el resultado de la actividad probatoria, realizada a instancias de las partes o del juez, pertenece al proceso, con abstracción de la parte que agregó el elemento conictivo y de quien puede resultar su beneficiario.

5.2. Finalidad

Por vía de la teoría de las cargas probatorias dinámicas se intenta atenuar el carácter agonal con que ha sido básicamente diseñado nuestro sistema procesal, llevando a las partes a un ámbito de "colaboración" en la averiguación de la verdad material de los hechos.³⁴ Se espera que el demandado abandone la actitud pasiva que, en un esquema clásico de distribución de las cargas probatorias, podría mantener frente a las imputaciones del actor. Se procura "civilizar" el proceso, quitándole el carácter lúdico o azaroso, por el que el actor debía probar o perecer y al demandado le bastaba con negar y callar.³⁵



34 Peyrano, Jorge W. "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL 1991-B-1034 y Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O. "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED 107-1035.

35 Suprema Corte de Justicia de Honduras Sala I, "Barrero Flavio y otros en J. Vies O.E. c/Barrero y otros s/díchos y perjuicios", causación (libro 5256 - 357), sentencia 51919 del 2 de junio de 1995.

36 Mosset Iturrigaray, Jorge. "Responsabilidad médica en pro de la justicia", <http://www.medicosus.cr/asodim-revista9.htm>

fesionales médicos cuando son enjuiciados; ya que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, debe hacerlo.⁴²

Se ha sostenido que la carga de la prueba pesa, en principio, sobre el actor; pero que el profesional médico, ante lo incompleto de la historia clínica, debe aportar al proceso los datos faltantes, toda vez que él cuenta con mayor aptitud probatoria al haber tenido en sus manos el tratamiento del paciente y que, por lo tanto, al no ser animados tales elementos al proceso, se genera en contra del profesional una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional que a él corresponde desvirtuar.⁴³

Así, en casos de simulación, cuando quien demanda es un tercero respecto de la relación jurídica objetada, se ha sostenido que al accionado no le basta con negar la existencia de los hechos alegados por su contrario, ni afirmar la sinceridad del acto, puesto que es necesario e imprescindible que aporte pruebas que convengan de la honestidad del negocio cuestionado.⁴⁴

También el sistema de la prueba laboral tiende a establecer la carga de la prueba sobre la parte que disponga de los medios más adecuados para su producción y es así que se produce frecuentemente un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el patrono.⁴⁵ Se ha considerado, también, que el principio resulta también aplicable en el Derecho Procesal Administrativo.⁴⁶

5.4. Cargas y deberes

Claro está que el señalar que existe una carga probatoria no importa más que señalar que aquel sobre quien recae debe realizar una determinada actividad para evitar sufrir los efectos perjudiciales derivados de su omisión; pues carga no significa obligación de probar. La Corte Suprema ha hablado de "responsabilidad [de] (...) la demandada en el orden de las cargas probatorias por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que la desaparición de esas pruebas —cu-

42. Chiv. Sala "D". "Cabrera Dadoño, Luis y otro c/M.C.B.A. sídãos y perjuicios", sentencia del 24 de febrero de 1998, id. el "Marquez, Juan Alberto c/SPH Sistemas de Protección Médica sídãos y perjuicios" del 6 de noviembre de 2000, id. el "Nielsen, Carlos Alfredo c/Yoga, Hans Dieter y otro sídãos y perjuicios", del 6 de noviembre de 2000, entre otros.

43. Chiv. Sala "A". "Cabrera, Elida c/Según Elizabeth Mirta Várnos y perjuicios" y "Cabrera, Elida c/M.C.B.A. (Htal General de Agudor Orvillier, Sinfied) sí dñños y perjuicios", del 29 de septiembre de 2000, id. Sala "E", "Dassiken, Miguel Angel c/Instituto Médicos Antartida y otro sídãos y perjuicios — resp. Prof. Médica", del 16 de octubre de 1998.

44. Chiv. Sala "G". "Barza Europeo para América Latina (REAL) S.A. c/Manepi S.A. sídación", sentencia del 15 de septiembre de 1997.

45. Euzen, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T.V. actualización jurídica, página 186. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996. *Carrara* Nacional de Aplicaciones del Trabajo, Capital Federal, Sala 2, "Taselli, Julio c/Goldman, Ernesto sídación", sentencia 85411, del 19 de febrero de 1997.

46. Supremo Corte de Justicia, Mendoza, Sala 1, "Tucovich, Alejandro Víctor c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/acción procesal administrativa" (Libro 5263 — 223), sentencia 49.195 del 27 de febrero de 1996.

ya custodia incumbía al nosocomio demandado— no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que ésta se encontraba al efecto, y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlinico demandado".⁴⁷

Opera, sobre la base de la teoría, la idea de moralización del proceso, que hace que los jueces deban prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe —art. 34, inc. 5º, "d" del CPCC— y conforme se ha decidido, una conducta pasiva en materia probatoria constituiría una violación de elementales principios de buena fe, que el juez no puede dejar de valorar al momento de dictar sentencia.⁴⁸

5.5. Antecedentes científicos nacionales

En las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín, en octubre de 1992, se declaró: "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" y, entre las conclusiones del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal —Santiago del Estero, 1993— se sostuvo que la "Temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción". En ambos casos, se estableció el carácter restrictivo de la aplicación de la teoría, que debe ser utilizada cuando la aplicación estricta del criterio tradicional conduce a resultados disvaliosos.⁴⁹

6. Entonces... la estrategia probatoria

(¿Cuándo debe el abogado intentar recurrir a alguna de las vías estudiadas para intentar convencer al juez de la razón que asiste a su parte? Pues, cuando no cuenta con prueba directa, lo que —en diversas oportunidades— advertirá recién al cabo del período probatorio).

No obstante, no tiene que ser recién entonces que se plantee la posibilidad de argumentar basándose en alguno de los recursos evaluados. Antes bien, esa

47. C.S.J.N. Recurso de hecho in re "Ferreiro, Ana María y otro c/Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario", R. 1550, XXXII, del 10 de diciembre de 1997, considerado 7º, el destacado me pertenece. Con similar asamblea de razonamiento: CNCh, Sala "D", "Cabrera, Rubén y otro c/M.C.B.A. sídãos y perjuicios" del 24 de mayo de 1990, id. "Fernández Russo c/Hospital Ramos Mejía, del 8 de agosto de 1989, JA, del 18 de abril de 1990, con nota de Luis Andorno.

48. Chiv. Sala "D", "Wasser, de Reyes Ester M. c/Hospital Italiano sídãos y perjuicios", del 26 de mayo de 1997, 49. Forza, op. cit., 1992, 64.

posibilidad debe ser evaluada al tiempo de estudiar la presentación del caso y el planteo del esquema probatorio, aun cuando vea como factible poder allegar elementos de prueba directa.

Al decidir su estrategia frente al caso, el profesional debe, entonces:

- a) Efectuar la evaluación de cuáles son los extremos que se deben probar según el tipo de relación jurídica sustantiva que vincule a los litigantes y las circunstancias de hecho enfrentadas; pues, por ejemplo, no será la misma su actividad según deba acreditar los daños derivados de un incumplimiento de una obligación de medios que de una de resultado.
- b) Considerar qué elementos convictivos podrá, razonablemente, incorporar al proceso y preparar la fundamentación de su necesidad, para lograr su admisión por el juez en la oportunidad que corresponda según los distintos trámites procesales –vgr. audiencia del art. 360 del CPCC–, teniendo en mira la posibilidad de la acreditación de indicios para la formulación de presunciones.
- c) Prever la posibilidad de frustración de alguna prueba y obrar en consecuencia, estableciendo una red o camino alternativo para incorporar elementos indiciarios que permitan establecer conclusiones presuncionales al tiempo de alegar. Así, por ejemplo, resulta prudente que, en los juicios de responsabilidad civil médica, aun cuando considere que podrá contar con prueba directa, procure y obtenga el secuestro de la historia clínica en el tramo liminar del proceso; pues, es muy probable que de ella surjan diversos indicios habituales en este tipo de casos, como la ausencia de una conformación adecuada, secuencial y cronológica del registro; la existencia de espacios en blanco entre los distintos asientos, la falta de registro de seguimiento de la situación del paciente en períodos críticos, etc.
- d) Concentrar sus esfuerzos en el planteo lógico. Debe buscar en la experiencia la pauta que ilumine hechos en apariencia aislados, para conferirles claridad y sentido ante la mirada del juez.

7. Corolario

En la práctica judicial la regla clásica que impone el onus probandi a quien invoca un hecho ha sido dejada de lado sin que mediara reforma legislativa. El problema de ello es que las partes –en general– recién toman conocimiento del temperamento adoptado por el juez al leer la sentencia. Por ello resulta aconsejable que él les haga conocer su criterio en la materia en oportunidad de celebrarse la audiencia en la que se dispone la producción de prueba en la mayoría de los procesos en los que resultan aplicables las herramientas estudiadas.

Es doctrina aceptada aquélla que establece que "Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquél que se encuentra en mejor situación para probar"⁵⁰

Tal criterio puede ser aplicado a los distintos campos temáticos en los que pretendamos bajar al terreno de la práctica estas herramientas teóricas, que no sustituyen prueba, sino que facilitan la formación de convicción cuando aquélla no puede ser incorporada al proceso por circunstancias ajenas a la diligencia de aquél sobre quien recae, básicamente, el onus probandi.

Es importante que los profesionales se familiaricen con el empleo de estas herramientas y las consideren al tiempo de la formulación de su estrategia procesal; pues, a menudo, serán la única vía que les permitirá despejar los obstáculos formales para acceder a la verdad material de los hechos y a una adecuada defensa de los intereses de cliente.

50. Vázquez Ferreira, Roberto A. "Reportaríamos aspectos de derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica", LL 1996, C-147.