

| Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



“ROL DEL JUEZ EN EL NUEVO PROCESO CIVIL EN
RELACIÓN A LA CARGA DE LA PRUEBA”

CLAUDIA ANDREA VÁSQUEZ GUÍÑEZ

Proyecto de Tesis para optar al
Grado de Magíster en Derecho.

Concepción
2014



Esta tesis ha sido elaborada bajo la Dirección
del Profesor Dr. Gonzalo Cortez Matcovich

INDICE

INTRODUCCIÓN	pág. 6
CAPÍTULO I: LA CARGA DE LA PRUEBA	pág. 12
1.- Aspectos generales de la prueba	pág. 12
1.1.- Elementos de la prueba	pág. 16
1).- El objeto de la prueba	pág. 16
2).- Los sujetos de la prueba	pág. 18
3).- Los medios de prueba	pág. 19
4).- Eficacia de los medios probatorios	pág. 20
2.- La carga de la prueba propiamente tal	pág. 23
2.1.- Acepciones de la carga de la prueba	pág. 26
2.2.- Concepto y naturaleza de la carga de la prueba	pág. 31
2.3.- Criterios de distribución de la carga probatoria	pág. 33
1).- Criterio objetivo	pág. 33
2).- Criterio subjetivo	pág. 34
3).- Criterio de prelación	pág. 35
4).- Criterio material	pág. 35
CAPÍTULO II: CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA	pág. 38
1.- Análisis general de la doctrina de las cargas	

probatorias dinámicas	pág. 38
2.- Origen de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas	pág. 42
3.- Criterios sobre los cuales descansa la doctrina de las cargas probatorias dinámicas	pág. 45
4.- Cargas probatorias dinámicas en el proyecto de Código Procesal Civil	pág. 51
5.- Materias en las cuales cobra relevancia la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas	pág. 55
5.1.- Materia de responsabilidad médica	pág. 55
5.2.- Materia de daño ambiental	pág. 58
5.3.- Materia laboral	pág. 61
5.4.- Materia tributaria	pág. 64
6.- Experiencia de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Comparado	pág. 68
6.1.- Experiencia española	pág. 68
6.2.- Experiencia uruguaya	pág. 70
6.3.- Experiencia peruana	pág. 71

6.4.- Experiencia argentina	pág. 71
6.5.- Experiencia alemana	pág. 74
7.- ¿La aplicación de los principios en los cuales se sustenta la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, afecta la imparcialidad del juzgador?	pág. 75
8.- ¿El uso de esta facultad por parte del juez, de alterar el peso de la prueba en virtud de la facilidad y/o disponibilidad probatoria de una de las partes, afecta la seguridad jurídica?	pág. 76
9.- ¿La aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas afecta el derecho a defensa de las partes?	pág. 79
10.-La regulación del proyecto de Código Procesal Civil y del Código Civil en materia de prueba de las obligaciones sería contradictoria	pág. 81
11.- Informe de la Excma. Corte Suprema respecto al proyecto de ley sobre la reforma procesal civil	pág. 85
CONCLUSIONES	pág. 88
BIBLIOGRAFIA	pág. 95

ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
CC	Código Civil
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPR	Constitución Política de la República
CT	Código del Trabajo
D.O.	Diario Oficial
Edic.	Edición
Edit.	Editorial
inc., incs.	inciso, incisos
Ob. Cit.	Obra citada
p., pp.	página, páginas
PCPC	proyecto de Código Procesal Civil
Rev.	Revista
T.	Tomo
Trad.	Traducción
Vol.	Volumen



INTRODUCCIÓN

La presente tesis para optar al grado de Magíster en Derecho trata acerca del Rol del Juez en el nuevo proceso civil en relación a la carga de la prueba. Se optó por este tema, por la trascendencia que implica la asunción de un modelo de justicia civil sostenido efectivamente en las reglas de la oralidad, concentración e inmediatez, que son los pilares fundamentales sobre los cuales descansa el proyecto de Código Procesal Civil presentado con fecha 12 de marzo de 2012 al Congreso que dista particularmente de lo que es nuestra justicia civil hoy en día que se basa en el principio de la absoluta pasividad del juez en la conducción del proceso y en la producción de la prueba, ya que la única posibilidad del juez de la causa de producir prueba de propia iniciativa, es una vez ya concluida su tramitación y estando vigente el plazo para pronunciar la sentencia definitiva, a través de la institución de las “medidas para mejor resolver”.

Es dable señalar que existe relativo consenso entre los principales actores del sistema judicial civil actual, entiéndase por ellos, abogados, jueces, académicos y usuarios, que es preciso contar con una reforma a la justicia civil a fin de hacer de ésta una justicia más ágil acorde con los tiempos modernos, que el retardo de los procedimientos no implique una merma para los usuarios, sino que por el contrario se trate de una justicia civil eficiente y transparente que no mantenga a los intervinientes en la incertidumbre en cuanto a la resolución de sus conflictos por largos períodos de tiempo.

Es en base a ese fin, que el proyecto de nuevo Código Procesal Civil introduce importantes novedades en materia probatoria, cuyo análisis

centraremos en lo que dice relación con el rol que ha de asumir el juez en esta etapa procesal, y a este respecto será el tema de la carga de la prueba el que centrará nuestra atención en la presente investigación, tema que por lo demás ha generado gran debate y controversia en lo que dice relación con la facultad conferida al juez de alterar el onus probandi.

Para ello se analizará primeramente el tema de la carga de la prueba propiamente tal, que implica determinar que parte tiene sobre el sí el peso de acreditar el hecho controvertido y que es el fundamento de su pretensión y así establecer en quién han de recaer las consecuencias negativas de la inactividad o ineficacia probatoria.

Como es sabido la carga de la prueba es una cuestión que afecta tanto a las partes litigantes como al juez, pues será éste último al dictar sentencia quien al detectar un hecho esencial no probado hará recaer la consecuencia negativa de ello, en aquella de las partes que debió probar. La doctrina en este sentido distingue entre carga formal y carga material.

La carga material de la prueba corresponde en estricto rigor a una regla de juicio, que opera en la fase resolutoria del proceso cuando el juez al momento de dictar sentencia y frente a una situación imprecisa por insuficiencia o falta de prueba determinará cuál de las partes en el litigio habrá de resultar perjudicada por la falta de prueba de ese hecho esencial. Es consecuencia directa de la aplicación del principio jurídico de carácter constitucional que implica el deber de los órganos jurisdiccionales de resolver todos aquellos casos legalmente sometidos a su conocimiento sin que puedan excusarse de ejercer su jurisdicción, aún por falta de prueba.

En estricto rigor la carga material de la prueba no es tal carga sino más bien es una obligación legal cuyo destinatario es el juez, quien deberá cumplir aplicando las reglas de la carga de la prueba.

En lo relativo a la carga formal, ésta es una cuestión de actividad procesal que no obliga a la parte, sino más bien su ejercicio le acarrearán ventajas o evitará las ventajas de su contraria.

Como consecuencia las partes aportarán al proceso los hechos del juicio y naturalmente las pruebas sobre los mismos.

Las reglas sobre la carga de la prueba se basan en un principio de igualdad y pretenden equilibrar a las partes. Se vinculan al principio de tutela judicial efectiva. El desplazamiento de la carga de la prueba hacia una u otra parte es de gran relevancia para la efectividad del derecho sustantivo.

El objetivo general de nuestro trabajo estará dirigido a investigar y reflexionar acerca del nuevo rol que ha de adoptar el juez de cara a la reforma procesal civil, en lo que dice relación con las facultades que se le confieren por parte del legislador en materia probatoria, y específicamente respecto a la posibilidad de alterar la carga probatoria de las partes tendiente a subsanar en cierto modo la desigualdad de los litigantes, ya que por lo general los litigantes no están en condiciones económicas y culturales de proveerse una defensa equivalente u homogénea, debido a que una de las partes puede tener un fácil acceso a determinada información, ya sea por el conocimiento técnico de la misma o la mayor capacidad económica para incorporar tal y cual prueba al proceso, ello pudiese ocurrir entre un empresario y el consumidor o entre el empleador y trabajador, entre otras partes. De manera que al otorgar al juez un rol activo a este respecto lo que se pretende es equilibrar la balanza entre los litigantes, puesto que sólo hay un trato igualitario cuando éstos se encuentren en homogénea posición frente a una norma o institución.

Es así como el juez deja de ser un mero espectador de la contienda asumiendo un rol más activo, transformándose en protagonista de la

misma, cuya actividad debe dirigirse a resguardar la igualdad procesal de las partes.

Y es debido principalmente a la complejidad técnica de los hechos, que la posibilidad de producir prueba puede resultar particularmente más difícil para una de las partes, de manera que cuando una de las partes conoce de mejor forma el hecho controvertido y está en situación de cercanía respecto de la fuente de la prueba, se genera una hipótesis de desigualdad técnica, es por ello que el artículo 294 del PCPC frente a esa desigualdad otorga al juez la posibilidad de invertir la carga de la prueba, trasladando dicha carga a la parte que tiene un mejor dominio o conocimiento del hecho o que está más cercana a la fuente de la prueba.

Por su parte los objetivos específicos de nuestra investigación apuntan, en primer término, a determinar si existen razones suficientes para que el legislador dote de poderes probatorios al juez civil y cuáles serían las consecuencias positivas y negativas que se derivan de ello.

En segundo término será necesario efectuar un análisis acabado acerca de la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que consiste en imponer el peso de la prueba a aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de incorporar prueba a la causa, sin importar si es demandante o demandado, de manera que la superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quien se halla en mejores condiciones de probar, y quien determinará ello será el juez en virtud de la facultad conferida a este respecto por el legislador. En este punto se tendrán en consideración experiencias anteriores existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Examinándose igualmente la experiencia en derecho comparado donde se ha venido produciendo una

flexibilización de las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, bajo la influencia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

En tercer término se intentará establecer cuando y bajo qué circunstancias el juez civil puede alterar el onus probandi, es decir, cuando una parte estará en mejores condiciones de aportar prueba que la otra, dado que a nuestro juicio debieran cumplirse ciertas directrices o requisitos fundamentales con el fin de evitar cualquier arbitrariedad o subjetividad a este respecto por parte del órgano jurisdiccional.

Otro punto importante a dilucidar dice relación con la oportunidad en que el juez comunicará a las partes del litigio sobre quien ha de recaer la carga de probar un determinado hecho, ya que la norma establece que el juez comunicará ello a las partes con la debida antelación, estableciéndose ello en la audiencia preliminar, lo cual no deja de ser trascendental puesto que advertir de ello a las partes implica evitar que se vean sorprendidas con la decisión del juez a este respecto y con la consecuente inseguridad jurídica que de ello se deriva.

Asimismo se intentará dar respuesta a las principales interrogantes que se derivan de esta nueva institución, haciendo presente que las principales críticas al artículo 294 del PCPC que se han podido recabar a lo largo de lo investigado hasta ahora apuntan principalmente a la posibilidad de sucumbir en una imparcialidad por parte del juez quien conforme a esta facultad podría terminar favoreciendo a alguna de las partes, transformándose por así decirlo en un asistente de la parte más débil en el proceso. Igualmente se responderán interrogantes que dicen relación con que si una norma de esta naturaleza atenta o no contra las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba.

El profesor argentino Jorge Peyrano en su obra "Cargas Probatorias Dinámicas"¹ sostiene que esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.

Por otra parte dentro de las principales ventajas, podemos señalar que se trataría de una herramienta eficiente para disminuir las posibilidades de error en la decisión judicial al aumentar el grado de probabilidad de que la decisión se corresponda con lo que efectivamente sucedió, es decir, acercarse a la verdad del hecho discutido.

De manera que luego de analizadas las interrogantes surgidas a propósito de la materia y las ventajas y desventajas que implica la introducción de la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, estemos en condiciones de adoptar una postura al respecto, y poder proponer alguna solución a las inquietudes surgidas a efectos de que sean resueltas de la mejor forma posible para la aplicación en nuestro sistema procesal.

¹ Peyrano, Jorge Walter: "Cargas probatorias dinámicas". Rubinzal - Culzoni Editores. Argentina, 2008, p. 30.

CAPÍTULO I

LA CARGA DE LA PRUEBA

En el presente capítulo señalaremos algunas consideraciones generales acerca de la prueba para luego abordar el tema de la carga de la prueba propiamente tal, principalmente en su dimensión teórica como la aplicación práctica de la misma.

1.- Aspectos generales de la prueba.

En sentido general y lógico, probar es demostrar la verdad de una proposición; pero, en el lenguaje jurídico, que es el que nos interesa, probar tiene una significación más restringida: es la demostración, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho que ha sido controvertido y que es fundamento del derecho que se pretende o reclama².

Este último concepto corresponde al de la prueba judicial, que es la única que pueden recibir los tribunales; y se traduce, en la práctica, en una labor de confrontación de parte del juez de la verdad de las aseveraciones de los litigantes en relación con los medios de prueba suministrados para acreditarla³.

² Rodríguez Papic, Ignacio: "Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía". Edit. Jurídica de Chile, 7ª Edic., Santiago, 2006, p. 92.

³ Alsina, Hugo: "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". T. II Juicio Ordinario, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, p. 171.

Es por eso que también se define la prueba como un medio de controlar las proposiciones que los litigantes formulan en juicio⁴.

Sin embargo, el término prueba, siempre dentro del concepto jurídico, tiene otras acepciones.

Así, designa la tarea de la producción de los elementos de convicción, mediante los cuales las partes pretenden establecer la verdad de las alegaciones, o sea, la carga o el peso de la prueba.

Otras veces, denomina a los elementos mismos de la convicción que se pretende producir en el juez; como cuando se dice la prueba testimonial, la prueba instrumental, etc.

También se emplea para señalar los resultados alcanzados y, por consiguiente, no es extraño oír las expresiones "la prueba del demandante es ineficaz", "el demandado no rindió prueba, sobre su excepción", entre otras⁵.

La prueba judicial es de una trascendencia enorme, puesto que nada sacamos con pretender el reconocimiento de un derecho si no estamos en condiciones de acreditar la existencia del hecho que le sirve de fundamento. De ahí la importancia de las normas que regulan la prueba en juicio.

En cuanto a la naturaleza de las normas legales sobre la prueba, se discute acerca de si ellas pertenecen al campo del derecho civil o al del derecho procesal civil. Hay quienes han llegado a sostener, entre ellos Casarino, que presentarían un carácter mixto, es decir, que las normas legales que determinan los medios de prueba, su admisibilidad y su

⁴ Couture, Eduardo J.: "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". Edit. Depalma, 3ª Edic., Buenos Aires, 1978, p. 100.

⁵ Alsina, Hugo: "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ob. Cit., p. 171 y 172.

eficacia o valor probatorio pertenecen al derecho sustantivo o material; y las que reglamentan la forma o manera de rendir las pruebas son de naturaleza esencialmente procesal⁶.

Cabe precisar que el origen de esta discusión se remonta al derecho francés que precisó distinguir entre aquellas normas materiales y normas procedimentales; de manera que se atribuía una naturaleza material a las normas relativas a la admisibilidad de los medios probatorios y a su valoración, mientras que sólo el procedimiento probatorio era procesal. Esta concepción francesa fue determinante en la codificación europea en el siglo XIX, en los códigos italianos de 1865 y en la Ordenanza Alemana de 1877, pero también en los códigos de la primera mitad del siglo XX y así se mantuvo en los códigos civil y procesal civil italianos. Lo mismo ocurrió en España con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el Código Civil de 1889, en estos dos últimos cuerpos legales, sostiene Montero Aroca⁷ se habría incurrido en tres graves errores:

- 1) En llevar al Código Civil normas sobre prueba cuya naturaleza procesal era y es indudable.
- 2) Ya dentro del Código Civil en colocar las normas sobre prueba en la regulación de las obligaciones, como si la prueba tuviera trascendencia sólo respecto de las mismas y no sobre las demás materias sustantivas, y como si la prueba se refiriera a las obligaciones y no a los hechos de los que nacen las obligaciones.
- 3) A su vez, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en colocar las normas sobre prueba dentro de la regulación del juicio de mayor cuantía, obligando en los demás juicios a efectuar remisiones, a pesar de que esas

⁶ Casarino Viterbo, Mario: "Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil". Colección Manuales Jurídicos, T. IV, 5ª Edic., marzo, 1997, p. 72.

⁷ Montero Aroca, Juan: "La Prueba en el Proceso Civil". Thomson Civitas. 5ª Edic. España, 2007, pp.61 - 65.

normas deberían de haber sido generales y no propias de un juicio determinado.

Corrigiendo lo señalado precedentemente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 lleva a su regulación las normas sobre prueba, las coloca entre las disposiciones generales de los procesos declarativos y deroga la mayor parte de las normas que estaban en el Código Civil, manteniendo sólo aquellas normas que tienen, además, relevancia fuera del proceso, como aquellas relativas a los documentos públicos y privados.

Finalmente el autor antes citado concluye lo siguiente:

- 1) Que, todas las normas que atienden a la actividad que se realiza en un proceso son evidentemente procesales, pues sólo en el mismo pueden tener aplicación;
- 2) Que, las normas relativas a los sujetos, requisitos y efectos de esa actividad, en cuanto han de ser aplicadas en el proceso y por el juez, también son sin duda procesales;
- 3) Que, algunas de las normas anteriores pueden tener en el campo de las relaciones jurídicas materiales algún efecto, pero eso no las priva de su naturaleza procesal;
- 4) Que, las normas que determinan requisitos de actos o negocios jurídicos, son claramente materiales y deberían por tanto seguir en el Código Civil; y
- 5) Por último, normas que producen efectos, bien en el proceso, bien en el campo de las relaciones jurídicas materiales, sin que pueda decirse cuál es su naturaleza exclusiva. Así un documento público tiene, sin duda, importantes consecuencias en el proceso, pues esos documentos en él tienen valor legal, pero también las tienen fuera del mismo, pues hay que saber qué es un documento público para dar cumplimiento a normas que

exigen esa forma como requisito de existencia de actos o negocios jurídicos.

De manera que de lo expuesto podemos concluir que las normas sobre prueba que tienen carácter general son procesales, en tanto aquellas que atienden a una relación jurídica concreta o particular serían materiales.

1.1- Elementos de la prueba:

La teoría general de la prueba considera que son elementos de ella:

- 1) El objeto sobre el cual debe recaer
- 2) Los sujetos o las personas que deben proporcionarla
- 3) Los medios de que se vale el sujeto para probar
- 4) La eficacia o valor de la prueba rendida

1).- El objeto de la prueba:

Esta referido a las materias sobre las cuales debe versar la prueba.

La controversia sobre una materia jurídica no necesita de prueba, pues las cuestiones de derecho no requieren de demostración material, sino intelectual.

La ley se presume conocida de todos y, con mayor razón, de parte del juez ante quien se la hace valer.

Por excepción, la prueba del derecho es indispensable, cuando se invoca en juicio el derecho extranjero, o bien, la costumbre.

En el primer caso, la prueba se suministra mediante un informe pericial (art. 411 N° 2 CPC); y, en el segundo acreditando los hechos constitutivos de la costumbre, y si ésta es comercial, al tenor de lo que prescribe el art. 5° del Código del ramo.

Los hechos materiales y los actos jurídicos, en cambio, requieren de prueba, si es que deseamos ver prosperar el derecho cuya declaración pretende sobre la base de tales hechos o actos.

Los hechos materiales y los actos jurídicos se acreditan en juicio por todos los medios de prueba que la ley contempla, a menos que exija para ciertos actos jurídicos determinadas pruebas.

Dentro de la prueba de los hechos materiales, presenta interés:

- La prueba de hechos negativos
- La prueba de hechos notorios

En cuanto a la prueba de hechos negativos, para determinar si las negaciones, llamadas frecuentemente hechos negativos, son o no susceptibles de prueba, debe precisarse el carácter que revisten.

En principio, una proposición de carácter negativo no necesita de prueba por la imposibilidad material que existe para suministrar una prueba semejante.

Pero, si dicha proposición negativa puede resolverse en una afirmativa es evidente que no habrá dificultad en exigir y rendir la prueba necesaria para acreditarla.

Ejemplo: el demandado sostiene que no tiene domicilio en Valparaíso. Nada le impide que rinda prueba, acreditando domicilio en otra ciudad de la República.

En cuanto a los hechos notorios, que son aquellos que tienen una existencia pública, general y evidente, se ha entendido en doctrina que tampoco requieren de prueba.

Ante nuestro derecho, el problema no aparece tan simple, pues el relevo de prueba en esta clase de hechos sólo aparece consagrado respecto de las cuestiones accesorias o incidentales que pueden suscitarse en los pleitos; de lo que cabe colegir que en la cuestión principal la prueba de los hechos notorios debe ajustarse a las reglas generales (art. 89 CPC)

2).- Los sujetos de la prueba:

El segundo elemento de la prueba dice relación con los sujetos, o sea, con las personas a quienes incumbe proporcionarla.

Se traduce en la interrogante clásica de quién debe probar.

¿A quién incumbe el peso de la prueba?

El art. 1698 del CC responde a esta interrogante, y a pesar de que este precepto legal está ubicado entre las obligaciones, o sea, entre los derechos personales, dada su trascendencia, se estima que es de aplicación general a toda clase de derechos.

En consecuencia, todo aquel que entabla una acción judicial deberá probarla, y todo aquel que pretende excepcionarse de dicha acción, deberá probar la correspondiente excepción.

Sin embargo, hoy día, en doctrina, se sostiene que el peso de la prueba está más bien condicionado a la naturaleza de las proposiciones o afirmaciones que hacen las partes más que al papel de demandante o demandado que desempeñan, y por consiguiente que incumbe probar a aquel que en el curso del juicio, avance una proposición contraria al estado

normal de las cosas, o que tienda a modificar o destruir una situación adquirida.

3).- Los medios de prueba:

Es también elemento de la prueba los medios de que se valen los sujetos para demostrar la verdad de sus afirmaciones.

Se entiende por medio de prueba el instrumento, la cosa o la circunstancia en los cuales el juez encuentra los motivos de su convicción frente a las proposiciones de las partes⁸.

Dentro de nuestro derecho positivo, la ley se ha encargado de enumerar, en forma taxativa, estos medios probatorios.

Sobre el particular, el art. 1698 inc. 2° del CC dispone: "Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez."

El art. 341 del CPC, por su parte, prescribe que los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son:

- 1) Instrumentos
- 2) Testigos
- 3) Confesión de parte
- 4) Inspección personal del tribunal
- 5) Informes de peritos
- 6) Presunciones.

⁸ Alsina, Hugo: "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ob. Cit., p.177.

Como puede observarse, este último Código suprimió el juramento deferido, agregó el informe de peritos y alteró un tanto el orden en que figuran los medios de prueba en el CC; pero sin que ello tenga importancia alguna en cuanto a su admisibilidad y fuerza probatoria, pues se trata de simples enumeraciones y no de señalar un orden de preferencia.

En todo caso, se estima que las enumeraciones son taxativas o sea, que no existen otros medios probatorios para demostrar la verdad o falsedad de un hecho en juicio que los antes señalados, por lo menos en nuestro proceso civil actual, ya que en el actual sistema procesal penal, de familia y laboral son admitidos otros medios de prueba además de los ya señalados.

4).- Eficacia de los medios probatorios:

En doctrina⁹, se distinguen diversos métodos acerca de la valorización de la prueba, o sea, diversos sistemas para apreciar la eficacia probatoria de los medios de prueba:

a) Sistema de valoración legal, aquí es la ley la que, a priori, fija el valor individual de cada medio de prueba y su apreciación comparativa. Este sistema se conoce como sistema de tasación legal de la prueba.

b) Sistema de valoración judicial, donde se entrega al juez la apreciación de la prueba. Este sistema admite dos modalidades:

- Sistema de Libre Convicción o de Persuasión Moral, que asigna al juez amplias facultades para apreciar la prueba siguiendo su íntima convicción y sin que se encuentre obligado a señalar en su sentencia cómo arribó a ese convencimiento.

⁹ Casarino Viterbo, Mario: "Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil". Ob. Cit., p. 77.

- Sistema de la Sana Crítica o de Persuasión Racional, que entrega al juez amplias facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole el deber de seguir un razonamiento lógico que debe exponer en su sentencia.

En nuestro sistema procesal civil actual se sigue el sistema de tasación legal, pero con algunas atenuaciones.

En efecto, la ley precisa el valor probatorio de la mayoría de los medios, pero existen también disposiciones que conceden al juez amplias facultades en la valoración, como en el caso de las presunciones, el informe de peritos, y en gran medida en la prueba testimonial.

Por lo demás, numerosas leyes especiales han entregado al juez, en ciertas materias, la facultad de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, como ocurre en materia de familia, laboral y procesal penal¹⁰.

Pero la regla general es que el legislador atribuye a cada medio probatorio en particular su eficacia o valor.

Pero puede suceder que el juez, al tener que valorar en la sentencia el mérito probatorio o eficacia de las diversas pruebas rendidas por las partes, se encuentre con dos o más pruebas sobre un mismo hecho, de carácter contradictorio, entre sí.

La solución la encuentra en las reglas sobre apreciación comparativa de los medios probatorios, las cuales pueden formularse en la siguiente forma que establecen precisamente para el caso de contradicción que medio de prueba debe primar.

¹⁰ Art. 32 de la Ley N°19.968 crea los Tribunales de Familia; art. 456 del Código del Trabajo y art. 297 del Código Procesal Penal.

Dentro de las numerosas y variadas disposiciones legales de orden sustantivo y procesal, que regulan el instituto de la prueba, hay unas de excepcional importancia, las cuales reciben el nombre de reglas o leyes reguladoras de la prueba.

Se definen diciendo que son aquellas que tienen como misión fundamental enumerar los medios probatorios, determinar su eficacia o mérito probatorio particular y resolver sobre cuál de ellos debe primar en caso de ser contradictorios¹¹.

En principio, sabemos que los hechos que se dan por establecidos en la sentencia, escapan al control de casación en el fondo, pues es un recurso de mero derecho.

Sin embargo, si los hechos se han establecido con infracción a estas reglas reguladora de la prueba, procede el recurso de casación en el fondo, pues, en tal caso hay infracción de ley con influencia substancial en lo dispositivo de la sentencia.

Esta infracción de ley puede haberse producido, al dar por establecidos los hechos del pleito por un medio probatorio no contemplado expresamente por el legislador; o atribuyéndoles a los medios, probatorios un valor o eficacia diverso al que lo señala la ley; o dándole preferencia a un medio probatorio sobre otro, en circunstancias que, de acuerdo a aquélla, tiene mayor valor; este último sobre el primero.

En todas estas situaciones, al acogerse el recurso de casación en el fondo, por infracción a las leyes reguladoras de la prueba, la Corte Suprema tiene que dar por establecidos nuevos hechos, haciendo adecuada aplicación de estas leyes, con lo cual tendrá que variar

¹¹ Casarino Viterbo, Mario: "Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil". Ob. Cit., p. 80.

forzosamente la conclusión o parte resolutive, que deberá contener la nueva sentencia o de reemplazo.

2.- La carga de la prueba propiamente tal:

En primer término debemos señalar que cuando lo que se pretende en un juicio es que se declare la existencia de un derecho o de una pretensión, la parte a quien dicho reconocimiento beneficia es quien tiene sobre sí el peso de probar el hecho de que se trate y en el cual se sustenta su pretensión.

De manera que al juez no le basta la mera enunciación de las partes para resolver una controversia, sino que requiere que las partes aporten al proceso las pruebas o antecedentes que acrediten las alegaciones o defensas de estas a través de los medios de prueba que contemple la ley para el caso concreto de que se trate.

Es así que podemos sostener que las pruebas son medios indispensables para que cualquier proceso pueda prosperar a favor de quien interpone una acción, o para que una persona que es demandada injustamente pueda demostrar por medio de las pruebas que al demandante no le asiste el derecho que alega.

De manera que en nuestro sistema legislativo actual la regla general es que las partes son las encargadas de aportar al proceso las pruebas necesarias para acreditar los hechos que afirma y que son el sustento del derecho que se reclama corresponderle.

Conforme a lo indicado podemos señalar que el rol del Juez ha de consistir principalmente en aplicar el derecho objetivo a un caso concreto y cómo logrará dicha finalidad, lo será examinando las circunstancias de hecho no discutidas y analizando la prueba proporcionada por las partes al

proceso, una vez efectuado ello se encontrará en condiciones de emitir un pronunciamiento sobre el hecho o cuestión debatida.

Es en este punto donde resulta trascendental las reglas relativas a la carga de la prueba, cuando una circunstancia de hecho discutida no ha resultado acreditada para el Juez o ha quedado sin aclarar, en este caso decimos que la carga de la prueba incumbe a la parte cuya pretensión no puede tener éxito sin la aplicación del precepto jurídico y ello porque en caso de incertidumbre sobre un presupuesto del precepto jurídico ha de decidirse en perjuicio de esa parte.

Como señala Rosenberg, “el problema de la carga de la prueba sólo se presenta cuando la prueba no se ha producido”¹². Por el contrario de existir prueba, no resultan de aplicación las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, y entran en juego las normas sobre valoración de la prueba.

Así es posible señalar que la carga de la prueba hace recaer sobre las partes el peso de aportar los antecedentes probatorios necesarios y esforzarse por aclarar la situación de hecho discutida para evitar el resultado desfavorable del pleito, de manera que las partes han de suministrar la prueba del hecho controvertido mediante su propia actividad a fin de evitar la pérdida del proceso.

El *onus probandi* (o carga de la prueba) es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

¹² Rosenberg, Leo: “La Carga de la Prueba”. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, 1956, p. 8.

El *onus probandi* se manifiesta en diversas ramas del [Derecho](#):

- En el [Derecho civil](#): se manifiesta principalmente en la prueba de la existencia de una [obligación](#) (que corresponde al [acreedor](#)) y en la prueba de la [extinción de la obligación](#) (que corresponde al [deudor](#)).
- En el [Derecho procesal](#): se dice que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión (Teoría de Michelli - Teoría de la Carga de la Prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes); asimismo, dichos presupuestos deben estar contemplados en la norma con la finalidad de que sean de aplicación en el proceso mismo. En caso contrario, la misma no se le aplicará, quedando sin sustento su pretensión o defensa (Teoría de Rosenberg - Teoría Normativa).

Desde el punto de vista doctrinal, la teoría de la carga de la prueba para Rosenberg es la que "determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el Tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar"¹³. Para Devis Echandía, la carga de la prueba es "la noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte"¹⁴.

Teniendo en consideración los conceptos doctrinales antes citados podemos concluir que la carga de la prueba es un imperativo para las

¹³ Rosenberg, Leo: "La Carga de la Prueba". Ob. Cit., p. 21.

¹⁴ Devis Echandía, H: "Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales". T. I, 9ª Edic., Edit. ABC, Bogotá, 1988, p.149.

partes fundado en su propio interés con la finalidad de que éstas promuevan la actividad probatoria en la etapa procesal correspondiente a fin de que la expectativa de obtener una resolución favorable se haga efectiva.

En nuestro derecho civil, la normativa reguladora de la carga de la prueba aparece recogida en el art. 1698 del CC, y a pesar de que este precepto legal está ubicado entre las obligaciones, o sea, entre los derechos personales, dada su trascendencia, se estima que es de aplicación general a toda clase de derechos.

En conformidad al art. 1698 la existencia de la obligación debe ser probada por quien la alega y, lo mismo ocurre respecto al incumplimiento: la carga de la prueba está en quien lo reclama.

2.1.- Acepciones de la carga de la prueba:

Un sector de la doctrina, ha manifestado que la carga de la prueba presenta dos aspectos, un aspecto subjetivo o formal y otro aspecto objetivo o material¹⁵.

La carga de la prueba desde la perspectiva formal o subjetiva haría referencia a la parte a la que teóricamente correspondería suministrar la prueba de un determinado hecho en el proceso, de manera tal que de no hacerlo se vería perjudicada con las consecuencias negativas de su falta de aportación, lo que en definitiva va a significar que sus pretensiones sean desestimadas.

Por otra parte, la carga de la prueba desde un punto de vista material u objetivo vendría determinada ya no por la parte a quien

¹⁵ Maturana, Cristián: "Aspectos generales de la prueba". En: Apuntes de clases de derecho procesal. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009, p. 183 y ss.

corresponde la prueba de un determinado hecho controvertido en el proceso, sino más bien por los hechos que deben ser probados en el proceso a fin de que puedan sostenerse las afirmaciones de una u otra parte, de manera que alude a la prueba como resultado, esto es, como conclusión a la que arriba el juez luego de la valoración de las pruebas debidamente incorporadas al proceso, es por ello que también se le ha denominado regla de juicio, en la medida que tiene por objeto determinar el contenido que debe adoptar una determinada decisión judicial, en el caso en que no se haya practicado en el proceso prueba eficiente para adquirir una determinada certeza, ya sea positiva o negativa, respecto a los hechos objeto de pretensión por las partes.

De lo antes señalado podemos concluir que las dos consideraciones de la carga de la prueba contemplan aspectos diferenciados en cuanto a los sujetos a quienes se refiere y en lo que respecta a los momentos procesales en que ambas concepciones adquieren relevancia, así la carga de la prueba formal indica cuál de las partes ha de aportar la prueba de los diferentes hechos a la causa, de manera tal que de no hacerlo recaerán sobre ella las consecuencias negativas de la falta de acreditación fáctica; en tanto que el concepto de carga material de la prueba, se remite a la fase de valoración probatoria y tiene como destinatario al juez encargado de la resolución del conflicto sometido a su conocimiento, de forma que le indica como ha de resolver el proceso en los casos en que los hechos controvertidos han quedado inciertos, por lo que desde esta perspectiva, se podría definir como regla de juicio.

Como puede desprenderse de lo señalado, ambas concepciones de la carga de la prueba se encuentran íntimamente ligadas entre sí, careciendo de trascendencia práctica la distinción. Sin embargo, la distinción antes señalada cobra interés en la medida en que en un sistema

procesal determinado se consigne la iniciativa probatoria de oficio, ello puede afectar a cada uno de ambos aspectos, de manera que se ha sostenido por parte de la doctrina entre ellos Rosenberg que en aquellos procedimientos dominados por el principio inquisitivo subsistiría únicamente la regla de juicio, pero no podrá hablarse con propiedad de la carga de la prueba desde la perspectiva de la aportación de parte¹⁶. Sin embargo, no concordamos con dicho planteamiento, por cuanto de igual forma será el juez quien deberá determinar la parte que tiene sobre sí el peso de la prueba del hecho alegado por ésta, de manera que ciertamente una de las partes va a poseer la capacidad para instar la actividad probatoria, por lo que tendrá la carga de la prueba de los hechos en que fundamenta sus pretensiones.

Fernández López sostiene que en los procedimientos en que se admite la iniciativa probatoria de oficio, únicamente se podría concluir la inexistencia de la carga de la prueba desde la perspectiva formal o subjetiva, en el caso en que corresponda al Tribunal el monopolio de la prueba, de forma que fuese éste quien estuviera obligado a aportar al proceso la totalidad de la prueba¹⁷.

Es ese planteamiento el que le permite a Rosenberg afirmar que siempre que se reconocen ciertas facultades judiciales de oficio, con relación a la prueba se ha de entender que el juez se encuentra obligado de hacerlas efectivas y por tanto al existir ese deber del juez desaparecería la carga formal de la prueba en los procedimientos en que se reconoce la iniciativa probatoria de oficio, sin embargo, creemos que para que se pueda sostener que no exista la carga formal de la prueba debiesen no sólo reconocerse facultades probatorias de oficio al juez, sino

¹⁶ Rosenberg, Leo: "La Carga de la Prueba". Ob. Cit., pp. 45 - 61.

¹⁷ Fernández López, Mercedes: "La Carga de la prueba en la práctica judicial civil". Edit. La Ley, 1ª Edic. Madrid, 2006, p. 55.

hacer recaer en él el peso de rendir e incorporar toda la prueba en el proceso tendiente al esclarecimiento de los hechos, con prescindencia de toda actividad de parte en ese sentido, en este caso ya no podría decirse que la parte tiene una carga en la medida en que su acto ha dejado de ser necesario para la constatación del hecho, ya que existe un deber del juez respecto a la práctica de la prueba, sin embargo, no sería posible dotar de contenido a ese deber judicial, ya que no se le podría sancionar jurídicamente con relación a la aportación de la prueba al proceso, puesto que por más que se agoten las posibilidades de prueba siempre ha de reconocerse una posibilidad de incertidumbre, por otra parte tampoco sería posible determinar con certeza que el juez agotó todas las posibilidades de prueba que tenía, por lo que el cumplimiento de ese deber sería de un difícil control, de ahí la conveniencia de que la iniciativa probatoria del juez no lo sea absoluta, sino que se le otorguen al órgano jurisdiccional tan sólo ciertas facultades a fin de que las partes conserven facultades de iniciativa probatoria a su respecto, lo que resulta no solo conveniente, sino más bien necesario a los intereses de éstas, con independencia de que se le reconozcan al juez facultades probatorias de oficio, que en modo alguno pueden llegar a alcanzar la categoría de deberes en atención al alto grado de indeterminación que subsiste en el ámbito de la prueba de los hechos.

De ahí que podamos concluir que el hecho de que se le reconozca al juez cierta actividad probatoria no supone de plano que se desvirtúe la carga formal de la prueba siempre que no constituya una competencia en exclusiva del juez y se reconozca cierta capacidad probatoria a las partes, de manera que la parte soporta la carga de la prueba del hecho, desde la perspectiva formal si ha de desarrollar cierta actividad probatoria para su acreditación, con independencia de que se le reconozcan ciertas facultades probatorias al juez, ya que tiene un interés propio en ofrecer e incorporar

prueba al proceso a efecto de no verse perjudicada por la resolución judicial en la que se aplica la regla de juicio.

Por otra parte en un proceso civil en el que rige el principio de aportación de parte la carga de la prueba en sentido formal corresponde a las partes, excepcionalmente se podrían conceder facultades probatorias al Juez. En nuestro sistema procesal civil actual esta posibilidad sólo está prevista tratándose de las denominadas medidas para mejor resolver, en virtud de ellas el juzgador una vez citadas las partes a oír sentencia y antes de pronunciar su fallo puede decretar diligencias probatorias que le facilitarán su función jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en el art. 159 del CPC.

Ahora bien en relación a la carga objetiva o material, también denominada regla de juicio, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a centrar la importancia de las reglas sobre la carga de la prueba tan sólo en la carga material, llegando incluso a señalar que la relevancia que la carga de la prueba tiene en el proceso civil le viene dada únicamente por ésta, lo que se pone de manifiesto desde el momento en que se hace alusión a la carga de la prueba denominándola "teoría de las consecuencias de la falta de prueba".¹⁸

Dicha teoría no actúa cuando los hechos han sido probados, en este caso es irrelevante cual de las partes aportó la prueba al proceso.

A nuestro juicio, la carga de la prueba si bien orienta la actividad procesal de las partes, lo decisivo es operar sobre los hechos que no alcanzaron certeza para desestimar las pretensiones fundadas en ellos, de aquél a quien correspondiese la carga de probarlos.

¹⁸ Fernández López, Mercedes: "La Carga de la prueba en la práctica judicial civil". Ob. Cit., p.78.

2.2.- Concepto y naturaleza de la carga de la prueba:

El concepto de carga fue creado por James Goldschimdt en su ensayo sobre la naturaleza jurídica del proceso que lo caracterizaba como una "situación jurídica" a diferencia de la tesis dominante de la época principada por Bülow que consideraban al proceso como una "relación jurídica".

Para James Goldschimdt la carga procesal "consiste en la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y en último término una sentencia desfavorable mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre se presentan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad"¹⁹.

En este mismo sentido se ha pronunciado Couture al señalar que "la carga de la prueba es una situación jurídica de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión traer aparejada una consecuencia gravosa para él"²⁰.

En virtud de los conceptos doctrinales antes señalados se ha suscitado la controversia de si la carga de suministrar la prueba de los hechos en el proceso se trata de un deber u obligación o una simple necesidad práctica. Si consideramos a la carga de probar como el cumplimiento de un deber, deberíamos entender que con ello se obliga a las partes de acreditar sus pretensiones, bajo sanción de que el tribunal no basará su sentencia en un hecho no afirmado o no probado. Sin embargo, creemos que ello no es así más que un deber de suministrar prueba es un derecho de las partes de promover la actividad probatoria con la finalidad

¹⁹ Goldschimdt, James: "Derecho Procesal Civil". Traducción Prieto – Castro, Edit. Labor. Barcelona, 1936, p.203.

²⁰ Couture, Eduardo: "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". Ob. Cit., p. 240.

de acreditar el sustento fáctico de sus respectivas pretensiones procesales, siendo así un imperativo fundado en su propio interés, ya que no existe ninguna sanción jurídica en caso de incumplimiento que vaya más allá de la pérdida del proceso, existe más bien una situación jurídica que responde a una expectativa procesal fundada en razones de conveniencia de obtener un resultado procesal favorable.

Es por ello que se sostiene que es una auténtica carga y no una obligación jurídica por cuanto su incumplimiento no determina la imposición de una sanción, sino que la desatención de su carga les genera el riesgo procesal de que sus pretensiones o resistencias no encuentren amparo en la resolución judicial que ponga fin al conflicto judicializado. Es decir, depende del interés de las partes poner o no en ejercicio el derecho que se les confiere de suministrar prueba de los hechos controvertidos en el proceso, siendo así una necesidad práctica sin cuya satisfacción las partes perderían el proceso.

De manera que suele afirmarse que a cada una de las partes se les encomienda aportar y probar los hechos en que respectivamente fundamenten sus pretensiones, de forma tal que si no lo efectúan así, y finalmente el hecho no resulta convenientemente acreditado, de manera definitiva y concluyente y por lo tanto no puede tenerse por probada de manera indubitada su existencia, cada una de ellas deberá soportar las consecuencias negativas de esa falta de prueba que le correspondía²¹. Precisamente en el ámbito de esta definición surge el concepto de carga de la prueba, en la medida que se considera que si bien el comportamiento de las partes en ese sentido es libre, y por tanto, no sujeto a un cumplimiento coactivo o por equivalencia, como ocurre en el caso de las

²¹ Álvarez Fernández, C.J.: "Aproximación a una teoría general sobre la carga de la prueba en el proceso civil". Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, N°34, 1993, pp. 257 - 265.

obligaciones, ni tampoco se encuentra sancionado, como ocurriría en el caso del incumplimiento de un deber, sin embargo, de su falta efectiva de realización surgirán para la parte consecuencias desfavorables, que no son otras que ver rechazadas sus alegaciones en el proceso.

De lo anteriormente señalado podemos concluir que la carga de la prueba reúne las siguientes características:

1. Es una carga de ejercicio facultativo.
2. Tiene carácter instrumental.
3. Tutela un interés jurídico propio, lo que permite diferenciarla de la obligación, donde el vínculo está impuesto por un interés ajeno.
4. Su incumplimiento no comporta sanción, sino sólo la pérdida de expectativas de obtener una resolución judicial favorable.

2.3.- Criterios de distribución de la carga probatoria:

Cabe hacer mención previamente a ciertas directrices dogmáticas que fueron empleadas en el Derecho Romano tendientes a orientar la distribución de la carga de la prueba, tales directrices responden fundamentalmente a tres preguntas; ¿qué se debe probar?, ¿quién debe probar? y ¿quién debió probar?.

Así podemos indicar los siguientes criterios:

1).- Criterio objetivo:

Siguiendo a Rosenberg el criterio objetivo de distribución de la carga de la prueba, que conceptúa como criterio de certeza, prescinde de toda referencia a la actividad de las partes, ya que lo que importa no es tanto tal actividad cuanto la pregunta de los hechos que son importantes en sí mismos para conseguir el fin del proceso.

Creemos que la finalidad a que se refiere Rosenberg no es otra que la de obtener la certeza de los hechos dudosos que permiten la resolución del conflicto y la consiguiente aplicación de la norma.

Según este criterio no importa cuál de las partes prueba, sino que los hechos alegados y dudosos sean probados cualquiera que sea el modo de hacerlo, por lo que resulta evidente que este criterio es más propio de un proceso en el que rige el principio de oficialidad que el dispositivo. A contrario sensu, el criterio subjetivo es más propio de los procedimientos en los que rige el principio dispositivo y el de aportación de parte.

El criterio objetivo tiene su origen en la necesidad de que se corrobore el hecho que da lugar a la norma aplicada al caso concreto y de cuya existencia debe quedar convencido el Tribunal.

Por lo tanto hacer imperar la aplicación de la norma presupone hacer prevalecer la prueba de los hechos que dan lugar a la misma y en consecuencia es independiente de la consideración de la posición que ocupen las partes y de la exigencia de prueba de los hechos a una u otra parte.

Para Micheli la determinación de la distribución de la carga de la prueba en función de las consecuencias derivadas de la falta de demostración de los hechos alegados, es claramente un criterio objetivo a partir del cual se responde a las preguntas de qué y quién debió probar²².

2).- Criterio subjetivo:

Se funda en la necesidad de las partes de suministrar la prueba de sus alegaciones, esto es, atiende a la exigencia probatoria en función de la posición que ocupan las partes y por tanto de las pruebas que se les

²² Micheli, Gian Antonio: "La carga de la Prueba". Edit. EJE. Buenos Aires, 1961, p.85.

exigen como demandante y demandado de las alegaciones realizadas. En este criterio rige en el principio dispositivo o de aportación de parte.

3).- Criterio de prelación:

El criterio de prelación tiende a asignar un orden en la aportación de las pruebas, lo que conlleva a generar una cierta ventaja en una de las partes, puesto que dependerá de la prueba aportada por la primera parte la necesidad de aportar o no prueba por la segunda de ellas. Así si por el actor se pretende alterar una situación de hecho aparente, recaería en éste la carga de la prueba del hecho que fundamenta la norma que altera la situación, en tanto el demandado gozaría de una cierta posición de ventaja, estando a la expectativa de la actividad del demandante.

4).- Criterio material:

Este criterio apunta a situar la cuestión relativa a la carga de la prueba en el momento de la sentencia, a diferencia de los otros criterios antes mencionados que se referían al modo en que las partes deben desarrollar su actividad probatoria. Con este criterio se determina quien ha de soportar las consecuencias de una sentencia desfavorable en el proceso por la falta de acreditación del hecho controvertido.

Como contrapartida a los criterios antes mencionados, surge la de determinar la distribución de la carga de la prueba de acuerdo a los distintos tipos de hechos, esto es, atendiendo a la naturaleza de los hechos que deben probarse. En virtud de este criterio quien sostenga la existencia de un hecho constitutivo específico, es decir, de aquellos que configuran una determinada situación jurídica deberá probarlo, en tanto que quien alegue un hecho impeditivo, modificativo o extintivo deberá probarlo.

A este respecto conviene precisar que son hechos constitutivos los que determinan la existencia o validez de una situación jurídica, los cuales a su vez pueden ser genéricos o específicos, los primeros de ellos son los que convienen a toda relación jurídica, en tanto que los segundos convienen sólo a determinada relación y la tipifican distinguiéndola, a ellos pertenecen la cosa y el precio en la compraventa. De manera que de acuerdo a lo señalado quien alegue en el proceso un hecho constitutivo específico deberá probarlo, por cuanto la ley presume los genéricos, así, quien alegue la falta u omisión de estos últimos deberá probarlo como un hecho impeditivo. Por su parte son hechos impeditivos los que obstan a la validez o eficacia de la relación jurídica, como los vicios del consentimiento, son hechos modificativos los que alteran el contenido o efecto de la relación jurídica, como el pago parcial y por último son hechos extintivos los que hacen desaparecer los efectos del hecho o acto, como los modos de extinguir las obligaciones²³.

Con este criterio pierden trascendencia los criterios que atendían a la posición procesal para distribuir la prueba, ya que aquí lo que interesa es la naturaleza del hecho discutido.

Asimismo ha surgido en la Doctrina, entre ellos podemos mencionar Devis Echandía, Rosenberg y Micheli, un criterio que atiende al efecto jurídico perseguido con los hechos que se plantean, en base a ello a cada parte le corresponderá probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.

Por último podemos mencionar el criterio de distribución de la carga de la prueba que atiende a la alteración de la normalidad, en virtud

²³ Peñailillo Arévalo, Daniel: "La Prueba en Materia Sustantiva Civil". Parte General, 1ª Edic., Edit. Jurídica de Chile, 1989, p. 53.

del cual probado un hecho por quien lo ha invocado, ha dejado esa situación como la normal entre ellos, de manera que quien desconozca dicha situación, la niegue o pretenda que es diversa ha de probarlo.

El fundamento del onus probandi radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo ("affirmanti incumbit probatio": a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema). Los autores nacionales, aunque sin precisarlo entre diversos criterios como los que se han impuesto, ven en la norma del artículo 1.698 del Código Civil la adopción del criterio de normalidad²⁴. Sin embargo, un autor extranjero sostiene que en dicha norma se aplica de manera restringida la teoría referida a la clasificación de los hechos, en hechos constitutivos y extintivos²⁵.

Pese a los criterios antes mencionados sostenidos por parte de la doctrina se ha señalado que en nuestro derecho chileno no hay una norma que disponga la oportunidad en que ha de determinarse a quien corresponde probar, pero pareciera ser que ello se aplica al tiempo de decidir, es por ello que a las partes les conviene incorporar prueba incluso más allá de su carga a fin de no verse sorprendidos por la resolución del Juez²⁶.

²⁴ Peñailillo Arévalo, Daniel: "La Prueba en Materia Sustantiva Civil". Ob. Cit., p. 57.

²⁵ Devis Echandía, H: "Teoría general de la prueba judicial". Edit. V. de Zavalía. Buenos Aires, 1972, p. 467.

²⁶ Peñailillo Arévalo, Daniel: "La Prueba en Materia Sustantiva Civil". Ob. Cit., p. 60.

CAPÍTULO II

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

1.- Análisis general de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

En primer término cabe señalar que ante el deber del juez de resolver la controversia sometida a su conocimiento luego de formarse la convicción suficiente acerca del acaecimiento o no de los hechos controvertidos en el litigio, resultan de especial relevancia las reglas de la carga de la prueba.

Tal como se analizó en el primer capítulo de esta investigación las reglas de la carga de la prueba más que determinar quién ha de producir la prueba de tal o cual hecho, tienden más bien a determinar quién asume el riesgo de que la prueba no se produzca. Y esto último es lo que cobra relevancia, no interesa en demasía por iniciativa de quién se incorporó al proceso el elemento de convicción, sino únicamente si el hecho se encuentra o no probado.

Cuando el juez advierte que una prueba esencial no se ha ofrecido o incorporado, ordenará las diligencias necesarias para formarse convicción acerca de los hechos controvertidos, sin que interese quién tenía la carga de acreditarlo, y ello incluye ordenar directamente la producción de la prueba omitida o imponerle la carga a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla, y es en este último punto que nos encontramos en presencia de una carga dinámica de la prueba, que es aquella que viene a complementar a las reglas ya analizadas sobre la carga de la prueba, es decir, esta teoría busca flexibilizar las reglas

tradicionales de la carga de la prueba en todos aquellos casos en que quien debía probar se encontraba imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.

En atención a lo expuesto es que sostenemos que la denominada *carga probatoria dinámica* le permite al juez atribuir esa carga a una u otra de las partes en el proceso, según las particularidades de cada caso, en vez de ceñirse a reglas estáticas, preestablecidas y aplicables de manera uniforme en todos los supuestos, sin distinguir quién estaba en mejor posición para aportar la prueba del hecho controvertido, siendo esa la ventaja de la institución que le permite al juez priorizar la aplicación de los principios básicos del debido proceso y la igualdad procesal de las partes, en aquellos supuestos en que de aplicarse las reglas tradicionales estudiadas sobre la carga de la prueba una de las partes podría verse perjudicada al no poder disponer de la prueba necesaria para acreditar el hecho controvertido y es sólo en estos casos excepcionales donde entrará en juego la aplicación de la carga dinámica de la prueba por intermedio de la facultad que se le confiere al juez para ello.

De manera que el fundamento de efectuar una distribución de la prueba entre las partes de forma dinámica y no estática ni rígida radica principalmente en el deber de colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional tendientes a acreditar los hechos controvertidos en el proceso. Las cargas probatorias dinámicas, entonces, suponen el desplazamiento del onus probandi en función del deber de cooperación con el órgano jurisdiccional, sin refugiarse en el interés de la parte, el objetivo es único: alcanzar la verdad para ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal.

Tal como quedó de manifiesto en el primer capítulo, doctrinariamente surgieron diversos criterios tendientes a distribuir la

carga de la prueba entre las partes, criterios que por lo demás han sido objeto de numerosas críticas que recaen principalmente en la rigidez de los mismos, puesto que quien afirmaba un hecho o pretendía alterar mediante su pretensión un status jurídico tenía sobre sí la carga de la prueba, de manera que se ha propugnado compatibilizar dichos criterios con un criterio de distribución flexible, ya que no son sólo las partes quienes tienen interés en arribar a la verdad de los hechos, sino también el juez en miras de dictar una sentencia justa, es por ello que se han comenzado a atribuir facultades probatorias a los jueces en algunos ordenamientos jurídicos como asimismo han surgido deberes de colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional y es en este escenario que ha surgido la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En términos simples y a modo introductorio podemos decir que la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en imponer el peso de la prueba en aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de aportar prueba a la causa, sin importar la posición procesal que ocupe. Es así como la superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la complejidad del hecho generan el traslado de la carga probatoria hacia quien se halla en mejores condiciones de probar.

Como podemos apreciar esta distribución de la carga probatoria no está determinada a priori por la ley, sino que será determinada por el Tribunal a posteriori y en cada caso concreto, y será una distribución dinámica, es decir, se trasladará de una parte a otra dependiendo de quién esté en mejores condiciones de aportar los medios de prueba.

El concepto y utilización de la carga dinámica de la prueba ha sido planteado en distintos ordenamientos jurídicos como una regla excepcional

respecto de las generales sobre la carga de la prueba, más que como una inversión del peso de la prueba, ya que se trataría sólo de reglas especiales similares a las generales en atención a que en algunos ordenamientos jurídicos el legislador se ha percatado de que las reglas generales de distribución del peso de la prueba pueden llegar a conducir a la imposibilidad de probar y es por ello que se ha propugnado la introducción de estas reglas especiales²⁷. Así en cada caso particular y cumpliéndose con los requisitos necesarios para ello el juez podrá recurrir a las mismas en atención a la facultad conferida por el legislador a este respecto.

De manera que en virtud de lo expuesto la doctrina de las cargas probatorias dinámicas hace descansar la actividad acreditante de un hecho en quien se encuentra en mejores condiciones de demostrarlo, ella genera un desplazamiento de la carga probatoria entre actor y demandado, de modo dinámico, atendiendo a la mejor posibilidad de uno y otro de probar. Así quien debe probar los extremos fácticos implicados en la litis es quien se halla en mejor situación de hacerlo con prescindencia de la posición procesal que ocupe en la contienda.

En esta doctrina procesal moderna no rigen reglas absolutas en materia probatoria requiriéndose la colaboración de los interesados colocando la carga de la prueba en cabeza de quien está en mejores condiciones para producirla, es decir, no hay reglas rígidas, sino la búsqueda de la solución más justa según las circunstancias del caso.

²⁷ La referencia efectuada a los distintos ordenamientos jurídicos, será analizada con mayor detención en el punto seis del presente capítulo, al tratar acerca de la experiencia de las cargas probatorias dinámicas en el derecho comparado.

2.- Origen de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

La aplicación de las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba supra expuesta – llevaba en algunos supuestos – al dictado de sentencias injustas que no tenían en cuenta las particularidades de cada caso ni la igualdad real de las partes en el proceso, en razón de ellos surge la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Dicha doctrina implica un desplazamiento del onus probandi según fueren las circunstancias del caso, recayendo en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir las pruebas, más allá de que se trate de hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos y puede desplazarse del actor a demandado y viceversa, según crea conveniente el juez.

El origen de esta Doctrina nace con el utilitarismo inglés de Jeremías Bentham, filósofo inglés, padre del utilitarismo, según el cual el Derecho debe garantizar la mayor felicidad al mayor número de personas. Enemigo del "derecho natural", considerado precursor del derecho positivo, quien enseñó que los jueces deben tener mayores poderes probatorios y patentó la idea de que la carga de la prueba debe ser impuesta en cada caso individual, a la parte que pueda asumirla sin el menor inconveniente, con menos dilación, molestias y gastos. Entre las ideas del pensamiento utilitarista, podemos señalar que es aquel que afirma que el mejor acto es el que aporta la máxima utilidad (utilitarismo del acto). En relación al derecho entiende que toda decisión judicial debe tener sentido no solo con el sistema jurídico, sino también con el mundo, analizando las consecuencias posteriores derivadas de la dictación de una sentencia²⁸.

²⁸ Bentham, Jeremías (1748-1832): "Tratado de las Pruebas Judiciales". Valetta Ediciones. Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 289.

Bentham denunció el abuso y las dilaciones causadas por encontrarse la carga probatoria sobre quien demanda y alega, y propuso que la carga pesara sobre quien estuviera en mejores condiciones de aportar el material probatorio o aquella de las partes que pudiera aportarla con menos inconvenientes. De manera que sostuvo que la carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.

Esta posición filosófica lejos de ser abandonada, fue abordada nuevamente mediante una corriente de opinión nacida del realismo jurídico norteamericano llamada "Análisis Económico del Derecho", que trata de identificar la llamada función de utilidad, en tanto que en Latinoamérica aparece de la mano de las cargas probatorias dinámicas.

La idea es imponer la carga de probar a quien esté en mejor posición, será el juez el que determine que parte debe resignar sus derechos en pos de una "utilidad mayor", para la sociedad, lo que viene a depender de un criterio netamente subjetivo y unilateral. Así las cargas probatorias dinámicas sólo responden a dos criterios: quien y con qué contenido puede establecer la carga de probar y el cómo dejan libre al Juez los límites de la decisión²⁹.

Barbiero³⁰ justifica a esta forma de mirar el problema de la carga de la prueba señalando que "constituye tanto una de las reglas -no la única- de atribución del onus probandi como una pauta de valoración (sana

²⁹ De La Fuente Paredes, Paulo Javier (coordinador): "Estudios de Derecho Procesal Civil: bases para un nuevo Código Procesal Civil", Librotecnia, año 2010, 1ª Edic., Biblioteca virtual Corte Suprema, pp. 181 a 197.

³⁰ Barbiero, Sergio J.: "Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Qué, debe probar el que no puede probar?", LexisNexis, JA 2003-II-1026. Citado en De La Fuente Paredes, Paulo Javier (coordinador): "Estudios de Derecho Procesal Civil: bases para un nuevo Código Procesal Civil", Ob. Cit., pp. 351 a 359.

crítica) a la hora de juzgar sobre el material probatorio colectado, y en especial ante la inexistencia de éste con incidencia en la actividad o inactividad de las partes a su respecto. Para ello, la mencionada doctrina reniega de adjudicar, fatalmente y a priori, el peso probatorio que soportarán las partes según sean actores o demandados"... "Ciertamente es que la susodicha doctrina 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 algunas de las partes (actor o demandado) por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba. El esquema propuesto para las citadas cargas probatorias dinámicas (que presuponen un desplazamiento del esfuerzo probatorio del actor al demandado o viceversa, según fuere la coyuntura y sin aceptar apriorismos) se ajusta al ideal perseguido por el proceso moderno, preocupado, sobremanera por ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Llegamos así al balance de situación, donde se aprecia que en determinados y cada vez más numerosos supuestos se requiere flexibilizar la distribución de la carga probatoria exigiendo una mayor colaboración, según sean las condiciones en que se encuentran las partes frente a la prueba".

¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba?. Según Barbiero quiere decir que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. O sea que, ya sea por el rol que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que "dispone" de la prueba, entre otros supuestos, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al

punto de atribuirle una carga probatoria que en principio, según las reglas clásicas, no tenía.

Prosigue Barbiero, señalando que se ha sostenido que las mejores condiciones de aportar la prueba, pueden también fundarse en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas.

Este autor es de la idea que la mejor posición probatoria deberá probarse, y su demostración (prueba) correrá por cuenta de la parte cuya carga se reduce. Así sostiene que "...por el funcionamiento de la carga dinámica se traslada un mayor peso probatorio sobre una de las partes, provocando a la par, la descarga o aligeramiento en el onus de la otra. Es por ello que entendemos que quien pretenda el desplazamiento de la carga probatoria aliviando el onus que le compete habrá tenido que probar, aún indirectamente, que su contraria está o estaba en mejores condiciones de probar". "Y tal discernimiento encuentra asidero en que dinámica probatoria, solidaridad, colaboración o desplazamiento no resultan equiparables a una tajante inversión de la carga de la prueba; como que alivianar, aligerar o favorecer no implica derechamente eximir o liberar de toda carga³¹".

3.- Criterios sobre los cuales descansa la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Los criterios que han servido de sustento a las cargas probatorias dinámicas, son principalmente dos: los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria.

³¹ Barbiero, Sergio J.: "Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Qué, debe probar el que no puede probar?. En De La Fuente Paredes, Paulo Javier, Ob. Cit., pp. 351 a 359.

Dichos criterios ya vienen teniendo acogida desde hace un tiempo en el ámbito iberoamericano, una muestra de ello es el artículo 129 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica relativo a la carga de la prueba: "Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba"³².

Asimismo y como consagración de la carga dinámica de la prueba, se estipuló en el artículo 177.1 del mismo Código Modelo, que: "los terceros y las partes que tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva y adecuada realización de las inspecciones, reproducciones y pericias. En caso de injustificado rehusamiento de los terceros a prestar la colaboración, el Tribunal adoptará las medidas conminatorias apropiadas, remitiendo si correspondiere, testimonio de lo actuado a la justicia penal a los efectos pertinentes"³³.

Para que puedan tener aplicación estos criterios es preciso que exista entre las partes una posición de contraste o disparidad, es decir, ello implica que la disponibilidad o la facilidad probatoria de una parte carece de relevancia si la contraparte se halla en idéntica posición de disponibilidad, ya que aquí no resulta preciso ni necesario trasladar el peso de la prueba de una parte a otra, sino que se requiere que una de ellas se

³² Abel Lluch, Xavier y Picó I Junoy, Joan: "Objeto y Carga de la Prueba Civil", J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2007, p. 83.

³³ Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/91367617/Codigo-Procesal-Civil-Modelo-Para-Iberoamerica> (consulta: 03 de abril de 2013).

encuentre en una situación privilegiada que le permita tener acceso a la prueba necesaria.

De manera que es requisito, de acuerdo a lo antes dicho, que una de las partes se encuentre en una situación de disponibilidad y facilidad probatoria superior a la de su contraparte, es decir, que la fuente de la prueba se encuentre en poder de una de las partes y que por ello le sea más fácil introducir el medio de prueba³⁴.

Ahora bien, analizando por separado cada uno de los criterios antes mencionados, podemos decir, que el criterio de disponibilidad probatoria implica que es la contraparte la que posee el medio probatorio o incluso aún gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra, esta disponibilidad puede ser tanto material (tenencia de un documento) como intelectual (forzoso conocimiento de un dato).

Por otra parte el criterio de facilidad probatoria constituye un criterio más amplio y comprensivo que el anterior, se refiere a supuestos en que si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición que le es más fácil, menos gravoso o incluso más rápido llevar la prueba de autos, este principio se basa en la buena fe.

Lo que se pretende con estos principios es que las partes cuenten con igualdad de armas, de manera que factores externos tales como la mayor facilidad o disponibilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes no condicionen el resultado final del litigio.

De ser preciso recurrir a estos criterios por parte del juzgador ha de hacerlo con cautela, ya que han de ser considerados como una

³⁴ Bonet Navarro, José: "La Prueba en el Proceso Civil. Cuestiones Fundamentales", Grupo Madrid, Difusión Jurídica. Madrid, España, 2009, p. 290.

herramienta excepcional, por tanto de interpretación absolutamente restringida, dirigida a impedir situaciones de auténtica injusticia o de imposibilidad o dificultad probatoria a fin de no afectar la estrategia procesal de las partes, informando el juez oportunamente a las partes qué hecho ha de probar cada una de ellas con el fin de evitar que la falta de prueba de un hecho le pueda perjudicar y ver fracasada su expectativa de obtener una sentencia favorable. Lo anterior es esencial, ya que busca reducir la incertidumbre y mantener la seguridad jurídica.

Además de los criterios analizados precedentemente como fundamentales de las cargas probatorias dinámicas debemos señalar que esta distribución dinámica de la prueba también descansa sobre ciertos principios, tales como, de colaboración entre las partes, de buena fe y de igualdad de armas entre las partes.

En lo que dice relación con el principio de colaboración entre las partes, como pudimos ver no sólo al juez le interesa arribar al convencimiento de la ocurrencia o no de un determinado hecho controvertido en miras de dictar una sentencia justa que resuelva el conflicto, sino que también las partes resultan interesadas en el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso, es por ello que se sostiene que las partes han de colaborar con el juzgador para que éste pueda arribar a la convicción necesaria para resolver en el proceso, de manera que quien disponga del material probatorio necesario deberá aportarlo a la causa con prescindencia del lugar que ocupe en el proceso.

El autor Augusto Morello postulaba un desplazamiento de la prueba basado en el principio de solidaridad o de efectiva colaboración, señalando

que el deber de colaboración hacia el órgano colorea de manera singular la carga de probar³⁵.

De manera que podemos sostener que la colaboración representa una de las ideas fundamentales para la estructuración del proceso en aras de que el juez emita una sentencia justa, y si la convicción de los hechos afirmados por las partes sólo puede obtenerse a través del aporte que éstas realicen de la prueba de los mismos, está claro que para alcanzar ese objetivo resulta indispensable la cooperación de los justiciables en la información y comprobación, aportando a tales efectos toda la información y elementos de convicción disponibles en relación a la cuestión controvertida.

Ahora bien, el principio de la buena fe descansa sobre la base de buscar en el proceso la convicción o certeza suficiente en el juzgador acerca del acaecimiento o no de un determinado hecho controvertido, sin importar cuál de las partes aporte el material probatorio necesario para ello, es por eso que este principio está íntimamente ligado al principio de la colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional. Principio que por lo demás es consagrado expresamente en el art. 5° del PCPC, bajo el epígrafe *Buena fe procesal*, así dispone que: "*Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe.*

El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe".

³⁵ Morello, Augusto: "La Prueba. Modernas Tendencias". Editorial Platense. La Plata, 1991, pp. 41 y 55-64.

Por su parte el principio de igualdad de armas se ha entendido como aquel en virtud del cual se pretende colocar a las partes del proceso en una posición de paridad, asegurándole un mismo tratamiento normativo y la titularidad de poderes, deberes y facultades simétricamente iguales y mutuamente relacionadas. De manera que será el juez quien asuma el importante rol de verificar que ambas partes se encuentren en una posición de igualdad en el proceso. El art. 4° del PCPC, contempla: "*Igualdad de Oportunidades. El tribunal velará por la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso*". Así cuando una de las partes tiene el dominio completo respecto del hecho, es decir, conoce de mejor forma el hecho controvertido, y está en una situación de cercanía respecto a la fuente de la prueba, se genera una hipótesis de desigualdad de origen técnica, frente a dicha desigualdad el juez puede invertir la carga de la prueba, colocándola sobre la parte que tiene un mejor dominio del hecho o está más cerca de la prueba, lo que no implica romper con la igualdad, siempre que se informe de ello a las partes con la debida antelación permitiéndoles proponer la prueba necesaria para vencer la carga asignada. Siendo por tanto necesario que la desigualdad sea capaz de afectar la defensa del litigante generando indefensión, de manera que el límite a la desigualdad de los litigantes se encuentra en la indefensión, sólo una desigualdad capaz de afectar el derecho a defensa de la parte puede justificar su eliminación³⁶.

³⁶ Hunter Ampuero, Iván: "La Iniciativa Probatoria del Juez y la Igualdad de Armas en el Proyecto de Código Procesal Civil", Rev. Ius et Praxis, Año 17, N°2, 2011, ISSN 0717 - 2877, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 53 - 76.

4.- Carga dinámica de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil.

El proyecto de Código Procesal Civil al introducir la doctrina de las cargas probatorias dinámicas tiene como fin corregir eventuales desigualdades entre las partes, así se ha establecido en el mensaje del aludido proyecto que consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez, con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal³⁷.

El profesor argentino Jorge Peyrano sostiene que: "Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad"³⁸.

Lo expuesto por Peyrano coincide con lo señalado por el profesor colombiano Jaime Tamayo quien sostiene: "No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez

³⁷ Mensaje de S.E. el Pdte. de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje N°004-360, 12 de marzo de 2012), p. 18, disponible en www.bcn.cl.

³⁸ Peyrano, Jorge Walter: "Cargas probatorias dinámicas". Ob. Cit., p. 60.

podrá prescindir, tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto"³⁹.

Como podemos apreciar la doctrina extranjera ya se ha ocupado acerca del tema de las cargas probatorias dinámicas, de manera que esta doctrina no es nueva en la mayoría de los sistemas normativos de nuestro continente.

Así el proyecto de Código Procesal Civil la introduce en el Art. 294.- *Carga de la prueba. "Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.*

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder".

Como vemos el inc. 1° del aludido art. 294 del PCPC no hace más que reiterar la norma que contiene la regla general de adjudicación de la carga de la prueba dispuesta en el art. 1698 del CC, norma que determina quién debe probar, aunque lo hace respecto de la prueba de las obligaciones, sin embargo, es la regla sustancial en materia de carga de la prueba, ya que el CPC en el Libro II, Títulos IX, X y XI, sólo prevé lo

³⁹ Tamayo, Javier: "Responsabilidad civil médica en los servicios de salud". Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, Colombia, 1993, p.91.

relativo a la prueba en general, término probatorio y los medios de prueba en particular (arts. 318 a 429), más nada dice sobre la carga de la prueba. Así dicha norma establece que deberá probar las obligaciones el que alega la existencia o la extinción de éstas, y ello es así por cuanto lo normal es que las personas no estén obligadas, y una vez probada la obligación quien alega la extinción de la misma, es decir, la situación excepcional deberá probarla.

Lo que se intenta establecer en la norma antes citada es un criterio subjetivo de distribución de la carga de la prueba a diferencia del actual que se basa más bien en un criterio objetivo atendiendo a la naturaleza de los hechos alegados, sean estos, constitutivos (genéricos y específicos), modificativos y extintivos. Así en virtud de la norma señalada debe probar la parte a la cual el hecho de la norma la beneficia; y debe probar la parte que, según el juez, tiene disponibilidad y facilidad para hacerlo⁴⁰.

Como se puede apreciar la norma señalada no establece requisitos taxativos para que el juez pueda distribuir la carga de la prueba y la haga recaer en la parte que tiene disponibilidad y facilidad para hacerlo, sino por el contrario el juez deberá distribuirla según el caso concreto de que se trate, y así podemos señalar que ante ciertos supuestos el juez podrá recurrir a dicha facultad que le es conferida por el legislador, entre otros casos cuando exista un déficit probatorio o insuficiencia de prueba, ya que es aquí donde se justifica la existencia y aplicación de las normas de la carga probatoria dinámica, además de lo señalado es necesario que exista entre las partes una disparidad respecto a la disponibilidad y facilidad para obtener prueba, es decir, que una de ellas se encuentre en una situación privilegiada que le permita tener un mayor acceso a la prueba necesaria.

⁴⁰ Rioseco Enríquez, Emilio: "La Reforma Procesal Civil en materia probatoria". Rev. Actualidad Jurídica N° 21, Universidad del Desarrollo, julio, 2010, p.409.

Se ha determinado como base o estándar a seguir que una parte estará en mejor posición probatoria que otra si dispone de conocimientos especiales en la materia o si los medios de prueba se encuentran en su poder, ambas situaciones traen consigo una reducción de los costos de probar⁴¹. Otro aspecto que el juez habrá de considerar será la necesidad de que advierta a las partes con la debida antelación las consecuencias de no aportar con la prueba requerida, siendo ello esencial, ya que así se tiende a reducir la incertidumbre y mantener la seguridad jurídica; así en el proyecto de Código Procesal Civil el juez deberá advertir a las partes de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en la audiencia preliminar (art. 280 N°9 PCPC), de modo que la parte sobre quien recaerá la carga de probar sepa con seguridad a que ha de atender su aporte probatorio, bajo la sanción de aceptarse o acoger la afirmación de la parte contraria.

De manera que de lo señalado podemos concluir que en virtud de lo dispuesto en el art. 294 del PCPC, el inc. 2° de dicha norma viene a introducir un complemento y una excepción a la norma tradicional de la carga de la prueba que se recoge en el inciso primero de la misma, es decir, sólo tendrá efectos en aquellos casos en que si bien las reglas generales de la carga de la prueba determinen que una de las partes es la que debe proporcionar una determinada prueba, ésta no se encuentra en una situación de disponibilidad y facilidad que le permita ello, producto de que su contraparte ejerce una situación de poder sobre ella o simplemente hay una asimetría en dicha relación, de tal forma que en estos casos entrarán en juego los principios de facilidad y disponibilidad probatoria precursores de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Esta doctrina busca flexibilizar la aplicación de las normas tradicionales de la carga de la prueba en todos aquellos supuestos en que

⁴¹ Luna Yerga, Álvaro: "La prueba de la responsabilidad civil médico - sanitaria: culpa y causalidad". Thomson. Madrid, 2004, p.335.

quién debía probar se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad; luego esta doctrina sostiene que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que deben adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte⁴².

5.- Materias en las cuales cobra relevancia la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Luego de analizada la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y los criterios y principios que conlleva cabe mencionar ciertas materias en las cuales cobra relevancia la aplicación de estos, por cuanto se observan en ellas mayores obstáculos para probar y que han determinado la aplicación de los criterios correctores de facilidad y disponibilidad probatoria, para así restablecer entre las partes la igualdad de armas en el proceso.

Así entre ellas podemos mencionar las siguientes:

5.1.- Materia de responsabilidad médica:

En materia de responsabilidad médica por mala praxis la idea de las cargas dinámicas ha sido empleada con asiduidad, aquí se intenta poner la carga de la prueba de la ausencia de culpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de aportar elementos de convicción, en virtud de su superioridad técnica con respecto a la contraparte.

⁴² Rivera Morales, Rodrigo: "La prueba: un análisis racional y práctico", Marcial Pons, Madrid, España, 2011, p. 135. Citado en González Coulon, María De Los Ángeles: "La Carga Dinámica de la Prueba", Rev. de Derecho Procesal N°22, LegalPublishing Chile, Santiago, 2012, p.370.

De manera que en virtud de la aplicación de las reglas clásicas del distribución de la carga de la prueba le corresponderá al actor probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la infracción contractual que configura el incumplimiento y desde luego la culpa del demandado, es decir, en estos casos al paciente le corresponde probar la culpa en que habría incurrido el facultativo, es así que en la obligación de medios que debe prestar el médico, que consiste precisamente en un actuar diligente y prudente, el actor debe demostrar el incumplimiento de aquel, que no es otra cosa que su falta de diligencia y prudencia.

En estos casos muchas veces la prueba de la culpa supone un grave obstáculo para el paciente quien normalmente cuenta con escasos elementos para la defensa de sus derechos provocando una suerte de impunidad para los profesionales médicos. En estos supuestos no resulta suficiente la regla de distribución de la prueba conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquéllos, ya que ante la ausencia de certeza sobre la responsabilidad profesional y la falta de prueba acerca de la culpa o negligencia, traerá como resultado que deba absolverse al médico demandado por falta de prueba a este respecto.

Ciertamente en estos casos de dificultad o imposibilidad probatoria muchas veces será el médico quien se encuentre en mejores condiciones de probar lo sucedido en la operación y si obraron o no conforme a la *lex artis*, es por ello que cobra relevancia aplicar excepcionalmente y en ciertas circunstancias del caso, en materia de responsabilidad médica las reglas de las cargas probatorias dinámicas. Ya que como bien sabemos en principio será el paciente o la víctima quien deberá probar la culpabilidad y la causalidad, sin embargo, ello puede no serle posible debido a que

muchas veces es el profesional médico quien está en mejores condiciones de aportar los elementos de juicio tendientes al esclarecimiento real de los hechos, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para ello⁴³.

De esta forma el profesional médico demandado deberá demostrar la ausencia de culpa a su respecto, aportando antecedentes a la causa que digan relación sobre como efectuó el diagnóstico del paciente, el haber empleado conocimientos y técnicas apropiadas, haber efectuado el examen médico o la intervención quirúrgica que correspondía, o haber aplicado el medicamento correspondiente para determinada enfermedad, entre otras cosas, todos ellos son hechos de los cuales el médico tiene la disponibilidad y facilidad probatoria de los mismos, es por ello que se le impone la carga de justificar que ha desplegado todos los conocimientos técnicos, aptitud y diligencia que el caso requería, a diferencia de lo que ocurre con el paciente quien debería en tales casos demostrar el hecho contrario que naturalmente implicaría demostrar un hecho negativo, lo cual no significa que el profesional médico demandado vaya a tener sobre sí toda la prueba de los hechos, sino que lo anterior implica que cada uno pueda aportar la prueba de que dispone, repartiéndose así la carga de la prueba entre las partes, es decir, ambas partes aportan la prueba necesaria al proceso, pero cada uno lo hace en la medida que sus conocimientos e información lo permiten, recayendo la carga en quien está en un lugar preponderante con dicha información, lo que implica que exista una directa colaboración de las partes con el juzgador tendiente al esclarecimiento de los hechos de la causa⁴⁴.

⁴³ <http://lincolnmaylleantaurco.blogspot.com/2012/03/inversion-de-la-carga-de-la-prueba> (Consulta: 14 de junio de 2012).

⁴⁴ Cárdenas Villarreal, Hugo - Moreno Molinet, Jaime: "Responsabilidad Médica", 1ª edición, LegalPublishing Chile, noviembre, 2011, pp. 81 - 86.

5.2.- Materia de daño ambiental:

En materia de responsabilidad por daño ambiental cobra especial relevancia la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y ello es así, por cuanto la configuración, comprobación y/o prueba de ese daño causado no siempre es fácil o posible, debido a las propias características de los daños ambientales, que suelen ser producidos por una pluralidad de autores, asimismo el daño puede ser difuso en el sentido que proviene de fuentes que no suelen ser concretas, sino dispersas, y por lo general son daños de difícil atribución a una única conducta concreta, de manera que probar el daño y la relación de causalidad suele ser una tarea compleja que pone a la víctima en una situación procesal complicada, ya que difícilmente estará en condiciones de comprobar judicialmente el dolo o la culpa de los agentes del daño⁴⁵.

A lo señalado anteriormente cabe agregar que los costos de las pruebas y peritajes y la dificultad de la verificación de causa y efecto en materia de daños ambientales suelen convertirse en una verdadera barrera a la hora de determinar la responsabilidad derivada por daño ambiental, donde en la mayor parte de casos las víctimas son personas de escasos recursos económicos.

En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos ordenamientos jurídicos de responsabilidad ambiental cuentan con

⁴⁵ Corral Talciani, Hernán: "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", Rev. Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 1, 1996, pp. 143-177.

disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante en lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad, de manera que vemos aquí una inversión de la carga de la prueba, debiendo recaer la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real sobre el gestor de la actividad o el demandado.

Es así como los sistemas jurídicos de varios países han introducido la responsabilidad objetiva en materia ambiental para favorecer a la consecución de los objetivos de protección ambiental en vista de la dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental.

El art. 3° de la Ley N° 19.300, Ley General de Bases del Medio Ambiente⁴⁶, señala: "Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, o indemnizarlo de acuerdo a la ley." A su vez, el art. 51 establece: "Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley. No obstante, las normas sobre responsabilidad contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley. Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil".

Esta disposición enmarca a la responsabilidad por daño al medio ambiente dentro de un sistema subjetivo de responsabilidad, ya que requiere del elemento del dolo o la culpa. Sin embargo, y como se ha señalado anteriormente, el sistema subjetivo de responsabilidad tiene como gran dificultad la prueba del dolo o la culpa para quien ha sido

⁴⁶ D.O. de 09 de marzo de 1994.

víctima del daño, por lo que el ordenamiento ha optado por establecer además una base de presunción de culpa para quien haya infringido la normativa. Así se ha establecido en el título III " De la responsabilidad por daño ambiental" de la ley, el art. 52 que dispone: "Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido".

De manera que en virtud del art.52 de la Ley N°19.300, antes citado, el problema de la prueba del dolo o la culpa en materia ambiental se ve de cierta manera aliviado, el cual establece una suerte de culpa infraccional al señalar que se presumirá legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción de disposiciones legales de carácter ambiental.

En este sentido, demostrada que sea la existencia de un daño, y considerada que sea una actividad como potencialmente generadora de daños, el juez deberá al menos considerar que hay suficientes razones para pensar que este es imputable a quien realiza esta actividad, invirtiendo la carga de la prueba, sin perjuicio que se permita demostrar lo contrario. En otras palabras, si existe una probabilidad significativa de que el daño se haya producido a consecuencia del actuar del demandado, este

grado de certeza deberá ser al menos suficiente, para la inversión de la carga de la prueba⁴⁷.

5.3.- Materia laboral:

Si la regla general es que cada parte tiene a su cargo demostrar los hechos que alega en su defensa, en el proceso laboral existen una serie de situaciones en las que se releva de toda obligación probatoria a la parte demandante o al trabajador para traspasar dicha carga a la parte demandada o empleador. Y ello es así por cuanto en el proceso laboral se tiende a superar las desigualdades evidentes entre las partes.

En el derecho laboral es uno de los ámbitos donde se refleja en mejor forma uno de los fundamentos básicos que dan lugar a la carga dinámica de la prueba, como es la asimetría entre las partes. Ello es así, ya que es el empleador quien cuenta normalmente con los medios económicos, documentos, etc., para sustentar su posición en el transcurso de un proceso y como consecuencia de ello la posibilidad de estar más cerca a una resolución que pueda amparar sus pretensiones, por ser por así decirlo la parte más fuerte dentro de una relación laboral.

Como señala Bilbao: "la empresa, como organización económica, estructurada jerárquicamente, genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación (...) constituyendo los poderes del

⁴⁷ Calisto, Javiera - Martín, Alfredo: "¿El que contamina paga?. Análisis de la Responsabilidad Ambiental en Chile", Documento de Discusión 03/13, junio, 2013, p.5-7. Disponible en: www.ongidechile.cl/imgmodulo/archivoNoticia2/18pdf. (Consulta: 15 de abril de 2013).

empresario una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador"⁴⁸.

En virtud de lo señalado es que en nuestro ordenamiento jurídico ha surgido un nuevo proceso laboral que busca una mayor igualdad entre las partes, buscando la protección del trabajador y el resguardo de sus derechos.

En relación con la prueba documental, producto de las dos audiencias que existen en el nuevo proceso y de la estructura del mismo, los documentos se ofrecerán por regla general en la audiencia preparatoria pudiendo acompañarse en la demanda si esto corresponde de acuerdo al art. 446 del CT, sin embargo, su exhibición será en la audiencia de juicio. En el art. 453 N°5 de dicho cuerpo legal se señala precisamente que los documentos se exhibirán en la audiencia de juicio y en el inciso siguiente se señala: "cuando, sin causa justificada, se omita la presentación de aquellos que legalmente deben obrar en poder de una de las partes, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba decretada", es este último punto el que podría analizarse a la luz de los requisitos de la carga probatoria dinámica⁴⁹.

Uno de los requisitos es la carencia de prueba, lo que podría darse en este caso en el supuesto de que se trate de un documento esencial para el juez a la hora de resolver, el segundo requisito de la carga dinámica de la prueba que también se da en este supuesto es la asimetría entre la información que posee una parte respecto a la otra y en último término la sanción que se contempla de forma clara en la ley, a diferencia

⁴⁸ Bilbao Ubillos, Juan María: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, España, 1977, p.246.

⁴⁹ González Coulon, María De Los Ángeles: "La Carga Dinámica de la Prueba". Ob. Cit., p.391.

de lo que ocurre en el proyecto de Código Procesal Civil donde ha de analizarse caso a caso.

Respecto a la prueba confesional que establece el art. 454 N°3 del CT, esto es, *"3) Si el llamado a confesar no compareciese a la audiencia sin causa justificada, o compareciendo se negase a declarar o diere respuestas evasivas, podrán presumirse efectivas, en relación a los hechos objeto de prueba, las alegaciones de la parte contraria en la demanda o contestación, según corresponda"*, es similar a la contenida en el proceso de familia y en el PCPC, en que la sanción a la falta de colaboración de la parte llamada a declarar es una asimilación a la carga dinámica y una concretización del principio de la buena fe que llama a la colaboración de las partes⁵⁰. Siendo también dable mencionar el reconocimiento de los hechos introducidos en la demanda a falta de negación de ellos en la contestación de la misma. Todas situaciones posibles de asimilar a la carga probatoria dinámica.

También en esta materia podemos citar la norma introducida por la Ley N° 20.087 que modificó el Libro V del CT e introdujo en nuestro ordenamiento el denominado procedimiento de tutela laboral que tiene como eje principal la debida protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, dicho procedimiento introduce una norma especial relativa a la carga de la prueba contemplada en el art. 493 del CT que dispone que *"cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"*, norma que a todas luces viene a facilitar o aliviar la

⁵⁰ González Coulon, María De Los Ángeles: "La Carga Dinámica de la Prueba". Ob. Cit., p.392.

prueba al trabajador denunciante y que responde a la necesidad de otorgar una tutela efectiva de derechos al trabajador denunciante mediante la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos. Aquí lo que se pretende es invertir la carga de la prueba del denunciante al denunciado siempre que el juez constate que se presenta en la especie el supuesto que la norma indica, esto es, que existan indicios suficientes de que se ha producido una vulneración de una garantía fundamental⁵¹.

El origen de esta norma encuentra su fundamento en el difícil escenario probatorio que el trabajador deberá enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales, es que se hace absolutamente imprescindible, para otorgar una tutela efectiva de dichos derechos, la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos⁵².

5.4.- Materia Tributaria:

La regla general que regula la carga probatoria en materia tributaria en nuestro derecho, se encuentra contenida en el art. 21 del Código Tributario, la cual establece: "*Corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto.*"

"El Servicio no podrá prescindir de las declaraciones y antecedentes presentados o producidos por el contribuyente y liquidar otro impuesto que

⁵¹ Santibañez Boric, Cristina: "Las Cargas Probatorias Dinámicas", Rev. Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N°1, 2010, p. 83.

⁵² Ugarte Cataldo, José Luis: "El nuevo Derecho del Trabajo". Edit. Universitaria. Santiago, 2004, p.132.

el que de ellos resulte, a menos que esas declaraciones, documentos, libros o antecedentes no sean fidedignos. En tal caso, el Servicio, previos los trámites establecidos en los artículos 63 y 64 practicará las liquidaciones o reliquidaciones que procedan, tasando la base imponible con los antecedentes que obren en su poder. Para obtener que se anule o modifique la liquidación o reliquidación, el contribuyente deberá desvirtuar con pruebas suficientes las impugnaciones del Servicio, en conformidad a las normas pertinentes del Libro Tercero."

El Art. 21, ya citado en su primera parte, establece el mismo principio consagrado en el art. 1698 del CC, es decir, es al contribuyente a quien le corresponde el peso de la prueba para el establecimiento de la obligación tributaria, por regla general, para lo cual deberá probar la verdad de sus declaraciones, *en forma coetánea con su presentación*, mediante los *"documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él"*.

Debe advertirse que de acuerdo con el inc. 2º del art. 21 del Código Tributario, el Servicio no puede prescindir de los antecedentes presentados o producidos por el contribuyente y liquidar otro impuesto que el que de ellos resulte a menos que esas declaraciones, documentos, libros o antecedentes no sean fidedignos; ello significa que el peso de la prueba recae en el Servicio para acumular los antecedentes que permitan rechazar la contabilidad del contribuyente y entrar a tasar la base imponible con los antecedentes que el Servicio tenga en su poder, conforme a lo dispuesto en el art. 64 y previos los trámites del art. 63, ambos del Código Tributario⁵³.

⁵³ Martínez, Rafael: "La Carga de la Prueba en materia tributaria". Disponible en: www.rafaelmartinezabogado.cl/dv/La%20carga%20de%20la%20prueba%20en%20Materia%20Tributaria.doc (consulta: 14 de abril de 2013).

Es decir, tratándose de antecedentes no fidedignos presentados o incorporados por los contribuyentes se invierte el peso de la prueba y quien debe acreditar que dichos antecedentes no son fidedignos es el ente fiscalizador conforme a los antecedentes que éste tenga en su poder.

En este punto la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado en numerosos fallos señalando que siempre le corresponde al contribuyente el peso de la prueba, otorgándole al Servicio de Impuestos Internos un papel pasivo a este respecto, así podemos citar a modo de ejemplo el siguiente fallo: *Causa rol N° 899-2000, en fallo de 10 de octubre de 2.000, que señala: "13°) Que, en lo referente a la última parte del recurso basado en que el Servicio no habría acreditado la falsedad de los documentos objetados ni rendido prueba alguna al respecto, es necesario recordar que en la materia base de este reclamo, relativo al rechazo del crédito fiscal, la regla que rige es el artículo 23 N° 5 del decreto ley N° 825, que le entrega al contribuyente, la carga de probar, siguiendo la línea de otras normas de prueba en el plano tributario, como por ejemplo, el artículo 21 del Código del Ramo, siendo la actuación del Servicio la de un mero fiscalizador, dotado de la facultad de impugnación y frente a las que formule, es el recurrente quien debe acreditar la verdad de lo que sostiene".*

Es precisamente en este punto donde cobra relevancia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que hemos venido analizando, por cuanto es aquí donde queda de manifiesto el principio de facilidad y disponibilidad probatoria, puesto que como podemos apreciar de la norma transcrita, esto es, del art. 21 del Código Tributario, al Servicio de Impuestos Internos se le ha dotado por la ley de facultades para producir medios de prueba, u obtenerlos tanto del contribuyente como de terceras personas, de manera que teniendo amplias facultades de investigación y fiscalización, no tendría sentido señalar que habiendo el ente fiscalizador

impugnado declaraciones o documentos de los contribuyentes, sean estos quienes deban acreditar que ellos son fidedignos, si a la luz de la norma transcrita se desprende que en tal caso, el Servicio, previos los trámites establecidos en los arts. 63 y 64 practicará las liquidaciones o reliquidaciones que procedan, tasando la base imponible con los antecedentes que obren en su poder, de manera que ante ello, el peso de la prueba recaer en el Servicio para acumular los antecedentes que permitan rechazar la contabilidad del contribuyente y entrar a tasar la base imponible con los antecedentes que el Servicio tenga en su poder. Por otro lado, el art. 21 establece en forma perentoria una presunción legal de veracidad de los antecedentes, libros y documentos del contribuyente, al punto de que señala que el Servicio no podrá prescindir de ellos, y liquidar otro impuesto que el que de ellos resulte. Pues bien, de acuerdo al art. 47 inc. 3° del CC, para destruir la referida presunción, el Servicio debería probar que aquéllos no son fidedignos en virtud de las facultades de investigación y fiscalización de que ha sido dotado por parte del legislador. Interpretar de otra forma la referida norma implicaría hacer recaer todo el peso de la prueba en el contribuyente, siendo que quien tiene mayor facilidad y disponibilidad probatoria es el ente fiscalizador, por cuanto como señalamos posee facultades para producir medios de prueba, u obtenerlos tanto del contribuyente como de terceras personas, de lo contrario el contribuyente quedaría en una situación desmejorada o de desventaja frente al órgano fiscalizador con quien debería encontrarse en una situación de "igualdad de armas" violándose los principios de igualdad ante la ley y el derecho al debido proceso, consagrados en los N° 2 y 3 del art. 19 de la CPR⁵⁴.

⁵⁴ González Coulon, María de Los Ángeles: "La Carga Dinámica de la Prueba y sus Límites", Legalpublishing, 2013, pp. 173-179.

6.- Experiencia de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Comparado.

6.1.- Experiencia española:

El Tribunal Supremo de Madrid fue uno de los precursores en emitir pronunciamiento en este sentido cuando aún estaba vigente el artículo 1214 del Código Civil español derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española N°1/2000; así y haciendo eco de posiciones progresistas en su jurisprudencia sostuvo que el onus probandi no está sujeto a reglas fijas e invariables, debiéndose tener en cuenta las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el hecho que haya de acreditarse, incluso la mayor o menor dificultad por una u otra parte para su demostración, habida cuenta del aspecto positivo o negativo del hecho.

Es así como la Ley de Enjuiciamiento Civil española N°1/2000, contempla en el artículo 217 las reglas de distribución de la carga de la prueba, así en el apartado I, prescribe al juez, que si al tiempo de dictar sentencia, considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestime las pretensiones del actor o reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. Y en este sentido, corresponde al actor o demandado reconviniendo la prueba de los hechos constitutivos, mientras que al demandado o actor reconvenido corresponde la de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, eso sí, siempre que una disposición legal expresa no distribuya la carga de la prueba con criterios distintos (apartados 2, 3 y 6).

El legislador ha llevado a cabo esta distribución de la carga de la prueba partiendo de la base de que es a esa parte, ya sea al demandante o demandado, a la que le es más fácil o se encuentra en mejor posición

para probar sus afirmaciones de hecho. Sin embargo, la aplicación rígida de estas normas podría provocar en casos especiales, situaciones de auténtica indefensión, al encontrarse la parte, a quien conforme a las reglas generales corresponde la carga de probar los hechos, con enormes dificultades, es por esta razón que el legislador español introdujo en el apartado 7 una nueva regla de juicio tendiente a flexibilizar las normas reguladoras del onus probandi, permitiendo la adaptación de las mismas a las particularidades de cada caso, así establece: "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". Dichos principios lo que pretenden es eliminar el hecho cuya prueba resulta muy difícil para la parte, de aquellos hechos cuya carga de la prueba corresponde a la misma.

Un estudio de la práctica judicial española permite examinar determinadas materias en las que se observa mayores obstáculos para probar, y que han determinado la aplicación por la jurisprudencia (fundamentalmente del Tribunal Superior de España y también del Tribunal Constitucional) de los criterios correctores de facilidad y disponibilidad probatoria para así restablecer entre las partes la igualdad de armas en el proceso. En las materias en que principalmente se ha recurrido a dichos criterios por parte de la jurisprudencia española podemos mencionar a la responsabilidad médica, las acciones de filiación y la prueba de hechos negativos⁵⁵.

⁵⁵ Pazos Méndez, Suzana: "Los Criterios de Facilidad y Disponibilidad Probatoria en el Proceso Civil", citado en: Abel Lluch, Xavier y Picó I Junoy, Joan: "Objeto y Carga de la Prueba Civil". Ob. Cit., pp. 81-82 y 90.

6.2.- Experiencia uruguaya:

En el derecho uruguayo, ha sido la jurisprudencia la que ha consagrado la institución de las cargas probatorias dinámicas. Así se ha entendido que el juez debe distribuir la carga de la prueba de acuerdo a la disponibilidad de los medios probatorios que tenga cada parte.

En una sentencia de la Suprema Corte de Justicia Uruguayo se señala que las cargas probatorias se desplazan de actor a demandado (o viceversa) de acuerdo al que se encuentre en mejores condiciones de producirlas, dotando a la prueba de mayor flexibilidad y funcionalidad, y acentuando también el deber de colaboración que le corresponde a cada parte en el proceso, dotando a este de una concepción más solidarista⁵⁶.

El artículo 189 del Código General del Proceso Uruguayo (vigente desde 20 de noviembre de 1989) señala: "Colaboración para la práctica de la medida probatoria. 1. Los terceros y las partes tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva y adecuada realización de las inspecciones, reconstrucciones y pericias (...) 3. Si quien debiese prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que la preste. Si a pesar de ello se persistiera la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar salvo prueba en contrario". La carga dinámica en Uruguay es apreciada conforme a las reglas de la sana crítica⁵⁷.

⁵⁶ Santibañez Boric, Cristina: "Las Cargas Probatorias Dinámicas", Ob. Cit., pp. 83-92.

⁵⁷ <http://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain?docid=3dbea0494> (consulta: 16 de abril de 2013).

6.3.- Experiencia peruana:

En Perú, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la carga probatoria dinámica mediante Sentencia del 26 de enero de 2007, recaída en el Expediente 01776-2007-AA/TC, señalando que "si bien la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, la misma implica el planteamiento de nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas de producir la prueba respectiva"⁵⁸.

El art. 282 del Código Procesal Civil Peruano establece: Presunción y conducta procesal de las partes.- "El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción.

Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas"⁵⁹.

6.4.- Experiencia argentina:

En un principio la doctrina argentina estableció las reglas de la carga de la prueba de una manera un tanto rígida, sin atender a las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podían llegar a aconsejar alguna otra solución.

⁵⁸<http://lincolnmaylleantaurco.blogspot.com/2012/03/inversion-de-la-carga-de-la-prueba> (consulta: 12 de abril de 2013).

⁵⁹<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01164.pdf?view=1> (consulta: 12 de abril de 2013).

De manera que se sostenía 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, 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- debían ser acreditados por el demandado.

Sin embargo, en el año 1992 se llevaron a cabo las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, en la ciudad de Junín (Provincia de Buenos Aires) y una de sus conclusiones fue la siguiente: "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 vigas 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 como, por ejemplo, lo dispone el Código General del Proceso de Uruguay. La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos"

Ya en el año 1993 en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal la Comisión Procesal Civil y Comercial que trató el tema del

desplazamiento de la carga probatoria señaló que era necesaria la instauración del ideario de la carga dinámica de la prueba para obtener el aporte de prueba de aquella parte que esté en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Al mismo tiempo se recomienda incorporarla a nivel legislativo de manera más amplia y no taxativa para poder ajustarse la decisión respectiva a las circunstancias del caso⁶⁰.

Así el "onus probandi" se independiza del hecho a probar y del rol de actor o demandado para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quien está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva.

Dicha doctrina adquiere ribetes importantes en el área de la responsabilidad civil por mala praxis médica, por cuanto surge fundamentalmente como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacía recaer, sobre alguna de las partes (actor o demandado). Sin embargo, las circunstancias del caso demostraron 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 posibilidad de éxito, por cuanto en este caso son los médicos y enfermeras participantes en el referido acto quirúrgico, quienes se encuentran en mejores condiciones para ofrecer y producir las pruebas respectivas, que la propia víctima.

Poco a poco la doctrina de las cargas probatorias dinámicas adquiere consagración legal expresa, es así que el Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa consagra en su art. 360 Carga de la Prueba.

⁶⁰ Arazi, Roland: "La prueba en el proceso civil. Teoría y Práctica. La carga de la prueba y la sana crítica. La llamada carga dinámica". Edic. La Roca. Buenos Aires, 1998, p.110.

"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 art. 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 mismos⁶¹".

6.5.- Experiencia alemana:

Inicialmente el modelo establecido es el llamado de "autoayuda" donde en las etapas pre procesales hay casos excepcionales y determinados donde se le puede solicitar a terceros y a la contraparte información en virtud de deberes de cooperación; es así como mediante la instauración de la apreciación libre de la prueba se abrió la posibilidad en virtud de lograr el esclarecimiento de los hechos, de colaboración de la contraparte y terceros, no siendo el legislador el que lo establece así, sino la jurisprudencia.

La reforma alemana del año 2002 ha acogido en algunas de sus disposiciones lo antes introducido por la jurisprudencia, como el hecho de que el tribunal pueda ordenar de oficio o a petición de parte, la presentación de documentos u objetos para su inspección que estén en

⁶¹ Trujillo Cabrera, Jorge: "La Carga Dinámica de la Prueba", Leyer Editorial, Colombia, 2006. En González Coulon, María De Los Ángeles: "La Carga Dinámica de la Prueba", Ob. Cit., p.378.

poder de la contraparte o terceros incluso pudiéndose ordenar medidas coercitivas contra estos últimos.

Cabe señalar además que en el derecho alemán en pro de lograr la igualdad de armas en el proceso, llamado *Waffengleichheit*, en los procesos de responsabilidad médico sanitaria, estableció las aligeraciones de prueba (*Beweiserleichterungen*) que el mismo Tribunal Constitucional había desarrollado y que en algunos casos implicó la inversión a su favor de ciertas circunstancias, así se trató de disminuir la asimetría existente entre el paciente y el facultativo, determinando que las normas sobre carga de la prueba deben establecerse cuidadosamente en cada caso concreto y ponderarse hasta donde se le puede exigir al demandante la aportación de pruebas, todo lo anterior según el mismo tribunal, conforme a criterios de razonabilidad y equidad⁶².

7.- ¿La aplicación de los principios en los cuales se sustenta la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, afecta la imparcialidad del juzgador?

Dado que el legislador en el proyecto de Código Procesal Civil ha introducido en el inc. 2° del art. 294, como lo hemos venido señalando, una facultad para el juez para decidir en el caso concreto que parte está en mejores condiciones de aportar la prueba de tal y cual hecho en el proceso, hay quienes sostienen que el otorgar este tipo de facultades al juez podría implicar ciertos abusos por parte del juzgador y con ello dejar en la indefensión a alguna de las partes, sin embargo, creemos que los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que introduce el

⁶² Stürner, Rolf: "La obtención de información probatoria en el proceso civil", (traducción Álvaro Pérez Ragone), Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX, p. 244. En: González Coulon, María De Los Ángeles: "La Carga Dinámica de la Prueba", Ob. Cit., p.375.

legislador en dicha norma debieran ser aplicados como un complemento a la regla general de distribución de la carga de la prueba que contempla dicha norma en su inciso primero y únicamente para la resolución de aquellos litigios en que las reglas de distribución objetivas sean inaplicables o conduzcan a resultados manifiestamente injustos, es decir, como reglas excepcionales de interpretación absolutamente restrictiva, dirigidas a impedir situaciones de injusticia, de imposibilidad o dificultad probatoria.

Siendo así ello no afectaría la imparcialidad del juzgador muy por el contrario éste estaría asumiendo sobre sí la obligación de velar por el principio de igualdad de las partes, ya que como es sabido estas desigualdades se pueden basar en desigualdades fácticas, profesionales o técnicas, y su vez el juez está asumiendo la búsqueda de la prueba para alcanzar la convicción necesaria acerca de la ocurrencia o no de un hecho afirmado por las partes a fin de dictar una sentencia justa que ponga término al litigio, aplicando las reglas objetivas de valoración de la prueba.

8.- ¿El uso de esta facultad por parte del juez, de alterar el peso de la prueba en virtud de la facilidad y/o disponibilidad probatoria de una de las partes, afecta la seguridad jurídica de las mismas?.

Se ha sostenido como una de las principales críticas hacia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que con ella se tendería a afectar la seguridad jurídica de las partes, ya que en cierto modo se verían sorprendidas con la decisión del juzgador, puesto que la parte perjudicada por la aplicación de estos criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, y que fijó su estrategia procesal en la regla general y objetiva de distribución de la carga de la prueba, únicamente va a tener conocimiento

efectivo de la aplicación de los mismos una vez que el juez haya dictado sentencia en la causa, momento en el que ya no podrá reaccionar.

Sin embargo, a este respecto el PCPC contempla en el art. 280 el contenido de la audiencia preliminar y en su numeral 9° señala expresamente que: *"el tribunal deberá realizar la comunicación a que se refiere el art. 294. En caso que el tribunal haga uso de la facultad que le confiere el inc. 2° de dicha norma, la parte podrá para el sólo efecto de satisfacer la carga probatoria impuesta por el tribunal ejercer el derecho contemplado en el art. 276"*.

Esta es una norma imperativa para el juzgador quien tendrá la obligación de dar a conocer su decisión a este respecto, pudiendo incluso las partes a fin de satisfacer la carga probatoria determinada por el juez ampliar la prueba ofrecida a su respecto conforme al derecho conferido en el art. 276 del mencionado PCPC.

De manera que como vemos para evitar que las partes se vean sorprendidas con la decisión del juez y tomen conocimiento de la misma sólo al momento de dictar sentencia, se consideró de suma importancia que el juez comunique su decisión en tal sentido con la antelación necesaria para así no atentar contra la seguridad jurídica de las partes y puedan plantear desde un principio su estrategia procesal con miras a obtener una sentencia favorable.

Así la oportunidad procesal en que el juez comunique esta decisión a las partes no ha de ser otra que la audiencia preliminar o audiencia preparatoria de juicio en que el juez deberá indicar que parte considera tiene la disponibilidad del medio de prueba o le es más fácil aportarlo al proceso y con ello evitar una resolución sorpresiva, tarea que por lo demás no deja de tener dificultad para el juzgador, ya que para ello se deberá aventurar en una decisión antes de conocer la prueba practicada y para la

eventual hipótesis de que los hechos permanezcan inciertos, sin embargo, ello es una muestra más del principio de inmediación que ha de tener el juez con las partes y con el material probatorio, principio que por lo demás es uno de los pilares fundamentales de la reforma procesal civil, lo que implica una ventaja en relación con nuestro sistema procesal civil actual, ya que en la práctica y en la mayoría de los casos el juez sólo se empapaba del proceso al momento de dictar la sentencia definitiva, lo que no ocurrirá, puesto que el juez habrá de analizar los escritos fundamentales de las partes y las pruebas ofrecidas por las mismas a efectos de poder ejercer responsable y discrecionalmente la facultad conferida por el legislador a este respecto, facultad que como señalamos no sólo permitiría respetar los principios de colaboración, buena fe e igualdad de las partes, sino también que el juez determine de antemano el material probatorio que le será necesario para alcanzar convicción sobre el asunto debatido a fin de dictar una sentencia fundada para el caso concreto de que se trate.

En virtud de lo señalado precedentemente, podemos sostener que el juez tendrá un acercamiento temprano con la causa, asumiendo una activa dirección del proceso, evitando dilaciones innecesarias del mismo mediante la pronta solución de los incidentes que se puedan suscitar con ocasión de la prueba ofrecida por las partes y procurando en todo momento evitar que prosperen proposiciones de pruebas inútiles, innecesarias para resolver el asunto sometido a su conocimiento. Así, al favorecerse el contacto del juez con los medios de prueba ofrecidos por las partes, le facilitará aún más el acercamiento a la realidad de los hechos afirmados por ellas, permitiéndole adquirir la convicción necesaria para resolver el conflicto, siendo por tanto imprescindible que la valoración del material probatorio el juez la efectúe de conformidad a las reglas de la sana crítica, siendo ésta la regla general de valoración que incorpora el

art. 295 del PCPC, lo que implica que el juzgador realice una valoración razonada, motivada y responsable, sostenida en la razón, y sobre todo en el buen sentido lógico y el sano juicio⁶³. Dejando así de lado los obstáculos originados por requisitos formalistas y rígidos como lo es el sistema de valoración de la prueba legal o tasada.

Si bien se podría llegar a sostener que este régimen probatorio de la sana crítica pudiera generar en cierta forma inseguridad jurídica, dado que el tráfico civil se basa fuertemente en documentos, la liberalización de la valoración probatoria de los mismos, se cree, podría entorpecer el tráfico. Esta inseguridad justificó conservar, hasta cierta medida, la valoración tasada legalmente. En concreto, los instrumentos públicos y los actos estrictamente solemnes seguirán teniendo un valor probatorio preestablecido por la ley⁶⁴. Con todo, el juez podrá evaluar según la sana crítica en el evento de colisión probatoria entre dos instrumentos públicos, así lo establece el art. 306 inc. 2° del PCPC.

9.- ¿La aplicación de la doctrina de las cargas probatorias afecta el derecho a defensa de las partes?

Hay quienes sostienen que más que lograr una igualdad procesal de las partes con la aplicación de esta doctrina por parte del juez se estaría atentando contra el derecho a defensa de las partes, ya que no bastaría con determinar que una de las partes se encuentra en mejor

⁶³ Montero, J.: "Los Principios Políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 134 - 136. En: De La Oliva Santos, Andrés - Palomo Vélez, Diego Iván (coordinadores): "Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil", Edit. Jurídica de Chile, 2007, p. 361.

⁶⁴ Bravo Hurtado, Pablo: "La Prueba en el proyecto de Código Procesal Civil". Disponible en: http://www.reformaprocesalcivil.cl/prueba/#_ftn1 (consulta: 16 de septiembre de 2014).

posición de acreditar un determinado hecho en la causa, según las circunstancias del caso, puesto que ello no necesariamente implicaría que la otra parte no esté en condiciones de probar, ya que si al igual que su contraparte está en condiciones de aportar prueba a la causa sobre el hecho controvertido no tiene caso indagar sobre la mejor posición de la contraria.

De manera que ante ello se sustenta que quién pretenda sostener que se encuentra en una situación desventajosa frente a la comprobación de un determinado hecho en la causa deberá acreditarlo, no bastando para ello una apreciación subjetiva en este sentido por parte del juez luego del análisis de la causa y del material probatorio, no pudiendo la parte con aparente posición desventajosa escudarse en la mejor posición de su contraria.

A este respecto concordamos con lo señalado precedentemente en el sentido de que si la situación de ventaja de una de las partes frente a la comprobación de un hecho no aparece de manifiesto en el proceso y existe controversia a este respecto, deberá la parte que pretenda beneficiarse con el desplazamiento de la carga probatoria justificar la mejor posición de su contraria, como asimismo, justificar que él no está en condiciones de poder producirla, formulando el incidente respectivo en la audiencia preliminar, rindiendo de ser necesario y así lo establezca el juez incluso prueba a este respecto a fin de dilucidar fehacientemente si la otra parte dispone del material probatorio o tiene la facilidad necesaria para incorporarlo, de manera de no afectar el derecho a defensa de las partes.

Además de lo señalado sostenemos que el hecho de que una de las partes se encuentre por así decirlo en una situación ventajosa frente a la acreditación de un hecho en la causa, ello no implica necesariamente que la otra parte sea relevada de la totalidad de la prueba a su respecto, ya

que en virtud del deber de colaboración de las partes, ambas deben aportar prueba a la causa, aún cuando la prueba de una de las partes resulte insuficiente, pero cada una de ellas ha de poner su esfuerzo en incorporar material probatorio a la causa para que el juez pueda formarse convicción acerca del acaecimiento o no de los hechos afirmados por las partes, y sólo de esa forma se podrá determinar por el juez al momento de dictar sentencia, sobre quien han de recaer las consecuencias negativas de la falta de prueba.

10.- La regulación del PCPC y del Código Civil en materia de prueba de las obligaciones sería contradictoria.

Dicha afirmación es contemplada en los comentarios expuestos por Mauricio Tapia R., profesor de derecho civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en la sesión especial de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 14 de mayo de 2012, destinada a analizar el proyecto de nuevo Código Procesal Civil (Boletín 8197-07)⁶⁵.

Ha sido una de las principales críticas a la introducción de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, por cuanto se sostiene que dado que el PCPC no coordina sus normas con las del CC, el juez podrá vulnerar las presunciones legales de culpa, tanto en materia contractual (art. 1547 inc. 3º CC) como extracontractual (arts. 2320, 2326 y 2329 CC).

A este respecto no estamos de acuerdo con dicha afirmación, por cuanto las presunciones no llevan consigo un cambio en la distribución de

⁶⁵ Comentarios al Proyecto del nuevo Código Procesal Civil, Depto. de Derecho Civil de la Universidad de Chile, del 14 de mayo de 2012, p.16, disponible en www.reformasprocesales.udp.cl.

la carga de la prueba, ya que dicha alteración sólo se da en los casos de déficit probatorio, de manera que si un hecho quedó establecido a causa de una presunción, no es necesario cambiar la carga de la prueba para establecerlo, ya que se estaría refutando un hecho ya probado con anterioridad, cuyo no es el fin de la carga probatoria dinámica que busca que quien tiene mayor facilidad o disponibilidad para llevar a cabo la prueba lo realice, por lo que no vulnera las presunciones como se sostiene. A lo antes señalado cabe agregar que el art. 295 del PCPC contempla la valoración de la prueba y en su inc. 3° dispone: "*Se dará por establecido el hecho que se presume de derecho si se han acreditado sus supuestos o circunstancias sin que se admita prueba en contrario*", por su parte el inc. 4° establece "*El hecho que se presume legalmente se dará por establecido si se han acreditado sus supuestos o circunstancias, a menos que se hubiere rendido prueba que permita establecer un hecho distinto al colegido*". Es decir, se contemplan claramente las presunciones y la valoración de la prueba a su respecto por parte del juez, de manera que la carga dinámica de la prueba pasa a ser un concepto amplio y omnicomprendivo que incluye dentro de él a las presunciones sin vulnerar o infringir las mismas.

Se señala además, que la regla de la carga probatoria dinámica, contemplada en el art. 294 inc. 2° del PCPC, viene a alterar todo el sistema de prueba del Código Civil, sin haber propuesto y analizado su modificación con anterioridad y, de esta forma, modificándolo en los hechos "por rebote". Puesto que en la redacción actual de esta norma, la carga dinámica se impone como principio general de la carga probatoria. Sin embargo, no concordamos con lo señalado, ya que el art. 294 del PCPC, al contrario de lo que se sostiene, contempla en el inc. 1° el principio general de la carga probatoria, que por lo demás contiene una regla similar a la prevista en el art. 1698 del CC que como sabemos si bien

se ubica bajo el título "De la prueba de las obligaciones", es una regla de aplicación general en materia de carga de la prueba; en tanto que el inc. 2° del art. 294 del PCPC que introduce la facultad conferida al juez para alterar la carga de la prueba en virtud de la facilidad y disponibilidad probatoria de las partes, es una norma que viene a complementar y/o flexibilizar las reglas clásicas y generales de distribución del peso de la prueba, para aquellos supuestos en que bajo dichas reglas alguna de las partes se encuentre en imposibilidad probatoria por causas ajenas a su voluntad, es decir, en ningún caso dicha regla desconoce el principio general de la carga probatoria, por lo que a nuestro juicio no existiría tal contradicción entre textos legales sustantivos y adjetivos; es más en el propio inc. 1° del art. 294 del PCPC establece que: "*Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes*", lo que quiere decir que deja a salvo las disposiciones legales existentes en materia de carga probatoria, pasando a aplicarse lo dispuesto en el inc. 2° sólo para el caso señalado precedentemente, es decir, aplicándose dicha regla por tanto en forma excepcional, discrecional y restrictiva por parte del juez, según las circunstancias del caso de que se trate, lo que no alteraría por tanto la denominada teoría de los riesgos ni las reglas del caso fortuito como eximentes de responsabilidad civil, las cuales quedan comprendidas en el inc. 1° de la referida disposición legal.

Por otra parte también se sostiene que si bien, el derecho adjetivo se encarga de regular los pormenores de la actividad probatoria, las normas básicas sobre prueba de las obligaciones son parte del derecho sustantivo civil. Allí se contienen (en el Código Civil) y allí se estudian (en derecho de las obligaciones). Lo anterior, no es casual ni antojadizo: estas

normas probatorias corresponden a normas materiales que integran el contrato o que regulan el actuar de las personas en sus relaciones con los demás (responsabilidad extracontractual) y no constituyen meras disposiciones procesales. Por ello, es el derecho civil el encargado de consagrarlas y de establecer sus principios.

No obstante, lo señalado, y si bien el art. 1698 CC se ubica en la prueba de las obligaciones, hemos indicado que es de aplicación general conteniendo la regla clásica de distribución del peso de la prueba, sin embargo, estimamos que no resulta del todo erróneo ni refutable el hecho de consagrar la regla general de distribución de la carga de la prueba en un Código Procesal, por cuanto si bien el PCPC en su inc.1° del art. 294 contempla una norma similar a la indicada, no pasando por tanto sobre ella, consideramos que cabe señalar que la carga de la prueba importa una actividad referida a los hechos del pleito sobre los que discrepan demandante y demandado y por tanto, no a las obligaciones, respecto de las cuales discuten acreedor y deudor, es decir, se vendría a corregir en cierto modo el haber ubicado normas de prueba en el CC y dentro del título referido a las obligaciones como si la prueba se refiriera sólo a ellas y no a los hechos controvertidos en el juicio, de manera que en este sentido concordamos plenamente con lo señalado con el profesor de derecho procesal de la Universidad de Chile, don Raúl Tavolari Oliveros⁶⁶.

⁶⁶ Tavolari Oliveros, Raúl: "¿Confianza o desconfianza en los jueces?", Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Procesal Civil, N°22, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Edit. AbeledoPerrot (LegalPublishing Chile). Santiago, 2012, p. 357.

11.- Informe de la Excma. Corte Suprema respecto al proyecto de ley sobre la reforma procesal civil.

En su informe, el máximo tribunal comienza precisando las fechas en que recibió los oficios de la Cámara y la comisión de Constitución de la misma —marzo y agosto de 2012, respectivamente— para continuar con una breve descripción de su tramitación legislativa, período donde se insistió en la urgencia simple de su discusión.

El proyecto consta de 581 artículos y uno transitorio. El articulado permanente está dividido en cinco libros: Disposiciones generales (art. 1° a 251), Procesos declarativos (art. 252 a 358), Los recursos procesales (art. 359 a 416), De la ejecución (art. 417 a 538) y De los procedimientos especiales (art. 539 a 581).

El artículo 581 deroga, desde la entrada en vigencia del nuevo proceso, la ley que aprobó el Código de Procedimiento Civil, en 1902.

Mientras que el artículo único transitorio, dispone que las causas iniciadas antes de la puesta en marcha de la reforma continuarán siendo tramitadas según los preceptos del antiguo código.

Precisa la iniciativa, entre otras cosas, que se entenderá por procesos iniciados aquellos en los cuales se haya notificado la demanda, a lo menos a uno de los demandados.

En su informe el pleno de la Corte Suprema resolvió informar favorablemente el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil, pero tuvo reparos respecto de algunos de los planteamientos propuestos en la iniciativa.

En el texto, el máximo tribunal advierte que sólo se referirá a aquellas normas que —en su opinión— son de “mayor relevancia, teniendo

en consideración que el proyecto de Código consagra un cambio fundamental en la manera de abordar el conflicto civil”.

Así de las Disposiciones generales, los ministros destacaron el detalle de los principios inspiradores del nuevo proceso y, entre ellos, aquel que entrega al juez la “dirección e impulso del proceso”. Sin embargo, manifestaron su disconformidad con “el establecimiento del instituto de la ejecución provisional en el juicio ordinario, pues consideran que la segunda instancia o grado jurisdiccional pierde su sentido si se opta por determinar que el sólo efecto devolutivo sea la regla general”.

Sobre el libro dedicado a los procesos declarativos, la Corte consigna que le interesa particularmente “desarrollo de la prueba” (arts. 286 a 341) y, en ese sentido, explica que si bien adhiere al planteamiento del mensaje que incorpora la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, el que califica de “altamente conveniente”, difiere en algunos aspectos referidos a la “carga dinámica” de la misma (art.294 inc.2°).

El pleno aclara que está de acuerdo con que la carga sea tratada en el nuevo código y no esté referida, como el en la actualidad a la norma del art. 1698 del CC, sin embargo, consideran inadecuado el rol asignado al juez en esta materia en cuanto éste deberá colaborar con una de las partes en la aportación de prueba.

Y ello “teniendo presente que tal facultad no le corresponde (al juez) en el ámbito civil y que las reglas de las pruebas deben estar definidas con anterioridad al inicio del juicio, no resultando apropiado que pueda determinar la carga según el caso y antecedentes que se le presenten”, reseña el informe del máximo tribunal.

Agregan los jueces —en el documento— que les preocupa que puedan ocasionar “situaciones arbitrarias en torno a la resolución que

comunica la obligación de aportar pruebas, respecto de la cual, bajo el nuevo sistema recursivo, no hay posibilidad de impugnación⁶⁷.

Al respecto podemos indicar que en relación a lo señalado por el máximo tribunal en cuanto a la posible falta de imparcialidad del juez ya nos referimos detalladamente a ello en el punto N° 7 del presente Capítulo II, de manera que nos remitimos a lo ya señalado.

Ahora bien en relación a la preocupación manifestada por los Ministros respecto a la falta de posibilidades de impugnación respecto a la decisión comunicada por el juez de hacer uso de la facultad contenida en el inc. 2° del art. 294 del PCPC, creemos que cobra especial relevancia, por cuanto no es posible dejar en la indefensión a las partes, sino que es preciso complementar dicho proyecto haciendo procedente tanto el recurso de reposición como el recurso subsidiario de apelación a este respecto, de manera que la decisión del juez de primera instancia pueda ser revisada por el tribunal a quem. Lo anterior eliminaría toda posibilidad de arbitrariedad judicial, haciendo presente incluso que la resolución que se pronuncia sobre el uso de dicha facultad ha de ser debidamente fundada, teniendo en consideración el examen detallado que de los escritos fundamentales, de la prueba ofrecida por las partes y de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, hubiere efectuado el juez de la causa. Lo anterior posibilitaría que el afectado con la decisión del tribunal de alterar el peso de la prueba haciéndolo recaer en su parte, pueda acreditar que carece de la prueba que se le solicita, interponiendo el respectivo incidente en la audiencia preliminar de que se trate, siendo posible recurrir de la resolución que se pronuncie sobre el mismo.

⁶⁷ Cruzatt Coggiola, Héctor (Periodista, Dirección de Comunicaciones, Poder Judicial). El Mercurio Legal, lunes 04/02/2013.

CONCLUSIONES

Como se señaló en el primer capítulo, podemos concluir que probar, desde el punto de vista jurídico, consiste en la demostración por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho que ha sido controvertido y que es fundamento del derecho que se pretende o reclama.

Por su parte según pudimos analizar a lo largo de la presente investigación, la carga de la prueba no es un concepto pacífico dentro de la doctrina, pero podemos concluir que existe un relativo consenso en que la carga de la prueba es un imperativo para las partes fundado en su propio interés con la finalidad de que éstas promuevan la actividad probatoria en la etapa procesal correspondiente a fin de que la expectativa de obtener una resolución favorable del conflicto se haga efectiva. En tanto que para el juez la carga de la prueba es un concepto que conlleva para éste la obligación de dictar una sentencia, lo cual está consagrado a nivel constitucional en base al principio de inexcusabilidad y a la obligatoriedad que se dicte una sentencia que resuelva el conflicto. De lo anterior es que surgen los conceptos de carga de la prueba formal y material, que tuvimos oportunidad de analizar.

Además de lo señalado, de acuerdo a lo investigado, podemos concluir que, el objeto de la prueba civil no es el hallazgo de la verdad material, sino que su función propiamente tal es lograr certeza en el juzgador acerca de los hechos afirmados y controvertidos por las partes. De manera que solo los hechos afirmados por las partes existen para el juez y únicamente respecto de aquellos que resulten controvertidos por las partes es posible realizar actividad probatoria. Así la carga de la prueba

cuyos destinatarios son el juez y las partes tiende a dirimir un problema de eventual insuficiencia o inexistencia de prueba para minimizar el riesgo de la falta de acreditación de un hecho que conlleve naturalmente a que una norma jurídica resulte o no aplicable.

Si bien pudimos comprobar que existen diversos criterios tendientes a distribuir la carga de la prueba, en muchas ocasiones las normas tradicionales de carga de la prueba no permiten resolver de forma óptima una situación concreta y es por ello que se ha tendido a la búsqueda de diversas soluciones, entre ellas la introducción de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que como señalamos a lo largo de nuestro trabajo, no viene a reemplazar las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, sino por el contrario viene a servir de complemento a las mismas, a efectos de brindar una solución en aquellos casos en que con las reglas clásicas de distribución no era posible arribar a una solución justa. Las cargas probatorias dinámicas presuponen el desplazamiento del onus probandi del actor a demandado o de éste último al primero, según fueren las circunstancias del caso y sin atender a la posición procesal de las partes, aquí lo que se pretende es flexibilizar la distribución de la carga probatoria exigiendo una mayor colaboración de las partes entre sí y con el órgano jurisdiccional tendiente a la aportación del material probatorio respectivo y con la finalidad en lo posible de formar convicción en el juzgador y hacer justicia al caso concreto.

Las mejores condiciones o posibilidades de aportar prueba de una de las partes pone sobre sí el peso de la prueba en circunstancias que de la aplicación de las reglas clásicas de distribución de la carga probatoria no la tendría. Y ello encuentra su fundamento en razón del rol que desempeñó en la generación del hecho controvertido o por estar en

posesión del material probatorio o tener el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para develar los hechos controvertidos.

Ante esta facultad que otorga el legislador al juez en el Proyecto de Código Procesal Civil, el juez abandonó el rol pasivo que desarrollaba en el proceso civil para adoptar un rol activo quien de acuerdo al análisis de los hechos controvertidos habrá de repartir las cargas probatorias. Facultad que como pudimos apreciar ha sido objeto de diversas críticas tanto por académicos como por la doctrina civilista, sin embargo, ello va de la mano de la necesidad de que el juez cuente con un rol más protagónico y activo que le permita adoptar de oficio las medidas necesarias y eficaces, de modo de arribar sin dilaciones indebidas a la justa decisión del conflicto. Puesto que como sostiene el mensaje del PCPC y dispone su art. 13, existe un interés público comprometido en obtener una resolución rápida, eficaz y justa de los conflictos civiles. Es dicho interés también existente en materia laboral y de familia, que justifica al igual que en las reformas procesales de esas disciplinas, la necesidad de efectuar un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez en el proceso.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, tal como se expuso detalladamente a lo largo de la investigación, consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. Así la superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, general el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar.

Ya señalamos que no existen requisitos taxativos para fundamentar la implementación de la carga dinámica de la prueba, sin embargo, pudimos determinar que son tres los requisitos fundamentales: déficit

probatorio o insuficiencia de prueba, simetría entre las partes respecto a la facilidad y disponibilidad de la obtención del material probatorio, y advertencia a la parte, con la debida antelación, a la que se le impone el deber de aportar la prueba, para de esta forma mantener la seguridad jurídica.

Esta doctrina se ha implementado de manera exitosa en diversos países, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, desencadenando en la regulación legislativa de la misma, siendo el caso como pudimos apreciar de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa, entre otros.

Cabe recordar además que la carga probatoria dinámica se trata de una herramienta excepcional y por tanto, de interpretación restrictiva, de manera que en aquellos casos en que no exista preeminencia de una parte sobre la otra, debe estarse a las reglas tradicionales de distribución del peso de la prueba.

El hecho que nos encontremos ante una institución innovadora en materia de distribución de carga de la prueba, ha provocado que indudablemente sea objeto de críticas, principalmente porque se trataría de una distribución del peso de la prueba subjetiva que recaería en manos del juez y no del legislador como tradicionalmente se encuentra establecido, lo que podría traer como consecuencia una cierta arbitrariedad o falta de imparcialidad por parte del juzgador, lo que a su vez traería consigo inseguridad jurídica para las partes, sin embargo, y como lo hemos venido dejando asentado a lo largo del presente trabajo, si dicha herramienta es utilizada en forma excepcional y discrecional por parte del juez, respetando los requisitos señalados como fundamentales para su implementación, permitirá que las partes tengan una mayor

participación e intervención en la solución del conflicto, lo que naturalmente conllevará a soluciones más rápidas y eficientes, impidiendo que se pretenda ocultar información por una de las partes, lo que trae como ventaja una mayor igualdad procesal entre las mismas y que el juez realmente se forme la convicción necesaria acerca del acaecimiento real de lo sucedido.

Además dicha facultad del juez, es consecuencia del principio de inmediación que ha de tener el juez tanto con las partes como con el material probatorio, puesto que como podemos apreciar en la práctica en el actual proceso civil chileno se carece de la presencia e inmediación judicial en la actividad fundamental del proceso, que es la probatoria. De manera que al alterar el juez el peso de la prueba según la facilidad y disponibilidad probatoria que tengan las partes, en cierta forma estimula un acercamiento temprano del juzgador con la causa, a fin de decidir fundadamente sobre el ejercicio de la carga probatoria dinámica.

Asimismo y conforme lo hemos expuesto es preciso que para el caso de no resultar evidente la ventaja de una de las partes en relación a la comprobación de un hecho determinado, es necesario que se acredite por la parte que pretende beneficiarse con el desplazamiento probatorio que su contraparte se encuentra en una situación ventajosa frente a la acreditación de un hecho controvertido, no bastando para ello por tanto sólo la apreciación subjetiva del juzgador a este respecto, lo que implica velar por la igualdad de las partes en el proceso.

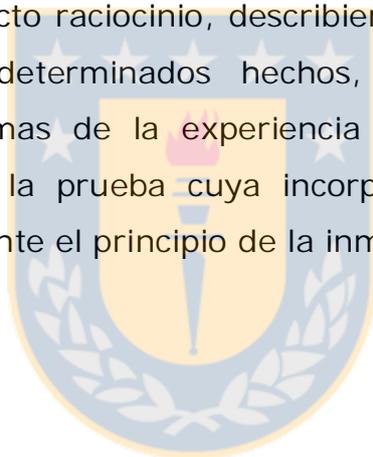
En este mismo orden de ideas creemos necesario introducir en el proyecto de Código Procesal Civil la posibilidad de que aquella parte sobre quien se ponga sobre sí el peso de la prueba en virtud de la facultad conferida al juez en el inc.2° del art. 294, de poder demostrar mediante la interposición del incidente respectivo que al contrario de lo que se

sostiene, ya sea por el juez o por la contraparte, no dispone del material probatorio solicitado o no le es posible incorporarlo, pudiendo recurrir en contra de la resolución que resuelva el incidente respectivo, ya sea ante el tribunal a quo como ante el tribunal a quem.

Para concluir cabe precisar, según hemos señalado, que en virtud de la norma del art. 294 del PCPC, por regla general corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica, a la parte cuya aplicación le beneficie, sin embargo, esta regla general admite excepciones cuando una disposición legal expresa, distribuya con un criterio diferente o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes; y cuando el tribunal distribuya la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el proceso. Para estos efectos, esta distribución diversa el tribunal la debe comunicar a las partes con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia del material probatorio, que hayan debido aportar. Se trata por tanto de una regulación procesal de la carga de la prueba, diversa pero no necesariamente opuesta sino similar a la regulación sustantiva de la carga de la prueba contemplada en el art. 1698 CC.

Así podemos concluir que la carga dinámica de la prueba es una manera de aminorar la problemática que surge a consecuencia de que las distintas partes en el proceso no están siempre en un pie de igualdad, ya que en ocasiones alguna de ellas no ha podido acceder a una prueba determinada a consecuencia de que su posición en la relación procesal es asimétrica respecto a la otra y esto pudiere llegar a violar la igualdad de armas que debe imperar en todo proceso. Asimismo la carga dinámica de la prueba pone de manifiesto el principio de economía procesal, puesto que el juez analizará y valorará de conformidad a las reglas de la sana

crítica medios de prueba que realmente le sean necesarios para alcanzar convicción acerca del acaecimiento o no del hecho afirmado por las partes, evitando dilaciones innecesarias con material probatorio que no reúne dichos fines, lo que claramente implicará un menor desgaste de la actividad jurisdiccional, ya que las partes habrán de colaborar incorporando pruebas que en base a los principios tradicionales de la carga de la prueba no concederían, de manera que implica un mayor involucramiento del juez y también una actitud proactiva de las partes en el proceso. Unido al hecho de que el juez al valorar el material probatorio de conformidad a la reglas de la sana crítica habrá de fundamentar su decisión en un correcto raciocinio, describiendo las razones que tuvo para tener por ciertos determinados hechos, siendo necesario para ello relacionar las máximas de la experiencia y los principios lógicos para examinar y valorar la prueba cuya incorporación al proceso presenció directamente, mediante el principio de la inmediación.



BIBLIOGRAFIA

I.- OBRAS GENERALES.-

- 1.- *Abel Lluch, Xavier y Picó I Junoy, Joan*: "Objeto y Carga de la Prueba Civil", J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2007.
- 2.- *Alsina, Hugo*: "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Tomo II Juicio Ordinario, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942.
- 3.- *Álvarez Fernández, C.J.*: "Aproximación a una teoría general sobre la carga de la prueba en el proceso civil", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, N°34, año 1993.
- 4.- *Arazi, Roland*: "La prueba en el proceso civil. Teoría y Práctica. La carga de la prueba y la sana crítica. La llamada carga dinámica", Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1998.
- 5.- *Bentham, Jeremías (1748-1832)*: "Tratado de las Pruebas Judiciales". Valetta Ediciones. Buenos Aires, Argentina, 2002.
- 6.- *Bonet Navarro, José*: "La Prueba en el Proceso Civil. Cuestiones Fundamentales", Grupo Madrid, Difusión Jurídica. Madrid, España, 2009.
- 7.- *Cárdenas Villarreal, Hugo - Moreno Molinet, Jaime*: "Responsabilidad Médica", primera edición, LegalPublishing Chile, noviembre, 2011.
- 8.- *Casarino Viterbo, Mario*: "Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil". Colección Manuales Jurídicos, Tomo IV, quinta edición, marzo, 1997.

- 9.- *Couture, Eduardo*: "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Editorial Depalma, 3ª Edición, Buenos Aires, 1978.
- 10.- *De La Fuente Paredes, Paulo Javier (coordinador)*: "Estudios de Derecho Procesal Civil: bases para un nuevo Código Procesal Civil", Librotecnia, año 2010, 1ª Edición, Biblioteca virtual Corte Suprema.
- 11.- *De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez Diego Iván*: "Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil", Edit. Jurídica de Chile, Santiago, año 2007.
- 12.- *Devis Echandía, H*: "Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales". Tomo I, novena edición, Edit. ABC, Bogotá, año 1988.
- 13.- *Devis Echandía, H*: "Teoría general de la prueba judicial", Editorial V. de Zavalía, Buenos Aires, 1972.
- 14.- *Fernández López, Mercedes*: "La Carga de la prueba en la práctica judicial civil", Edit. La Ley, 1ª Edición, Madrid, 2006.
- 15.- *Goldschmidt, James*: "Derecho Procesal Civil", traducción Prieto – Castro, Edit. Labor, Barcelona, 1936.
- 16.- *González Coulon, María de Los Ángeles*: "La Carga Dinámica de la Prueba y sus Límites", Legalpublishing, 2013.
- 17.- *Luna Yerga, Álvaro*: "La prueba de la responsabilidad civil médico - sanitaria: culpa y causalidad", Thomson, Madrid, 2004.
- 18.- *Micheli, Gian Antonio*: "La carga de la Prueba", Editorial EJE, Buenos Aires, 1961.
- 19.- *Montero Aroca, Juan*: "La Prueba en el Proceso Civil", Thomson Civitas, 5ª Edición, España, 2007.
- 20.- *Morello, Augusto*: "La Prueba. Modernas Tendencias", Editorial Platense, La Plata, 1991.

- 21.- *Palomo Vélez, Diego*: "Reforma Procesal Civil, Oralidad y Poderes del Juez", Edit. AbeledoPerrot (LegalPublishing Chile), Santiago, 2010.
- 22.- *Peñailillo Arévalo, Daniel*: "La Prueba en Materia Sustantiva Civil", Parte General, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- 23.- *Peyrano, Jorge Walter*: "Cargas probatorias dinámicas", Rubinzal - Culzoni Editores, Argentina, 2008.
- 24.- *Rivera Morales, Rodrigo*: "La prueba: un análisis racional y práctico", Marcial Pons, Madrid, España, 2011.
- 25.- *Rodríguez Papic, Ignacio*: "Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía". Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, 2006.
- 26.- *Rosenberg, Leo*: "La Carga de la Prueba". Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Argentina, 1956.
- 27.- *Tamayo, Javier*: "Responsabilidad civil médica en los servicios de salud", Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, Colombia, 1993.
- 28.- *Ugarte Cataldo, José Luis*: "El nuevo Derecho del Trabajo", Editorial Universitaria, Santiago, 2004.

II.- ARTÍCULOS DE REVISTAS Y TEXTOS COMPLEMENTARIOS.-

- 1.- *Barbiero, Sergio J.*: "Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Qué, debe probar el que no puede probar?", LexisNexis, JA 2003-II-1026.
- 2.- *Bilbao Ubillos, Juan María*: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares", Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, España, 1977.

- 3.- Comentarios al Proyecto del nuevo Código Procesal Civil, Depto. de Derecho Civil de la Universidad de Chile, del 14 de mayo de 2012, p.16, disponible en www.reformasprocesales.udp.cl.
- 4.- *Corral Talciani, Hernán*: "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 1, 1996.
- 5.- *Cruzatt Coggiola, Héctor* (Periodista, Dirección de Comunicaciones, Poder Judicial): El Mercurio Legal, lunes 04/02/2013.
- 6.- *González Coulon, María De Los Ángeles*: "La Carga Dinámica de la Prueba", Revista de Derecho Procesal N°22, Edit. AbeledoPerrot (LegalPublishing Chile), Santiago, 2012.
- 7.- *Hunter Ampuero, Iván*: "La Iniciativa Probatoria del Juez y la Igualdad de Armas en el Proyecto de Código Procesal Civil", Revista Ius et Praxis, Año 17, N°2, 2011, ISSN 0717 - 2877, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- 8.- *Maturana, Cristián*: "Aspectos generales de la prueba". En: Apuntes de clases de derecho procesal. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.
- 9.- Mensaje de S.E. el Pdte. de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje N°004-360, 12 de marzo de 2012), disponible en www.bcn.cl.
- 10.- *Rioseco Enríquez, Emilio*: "La Reforma Procesal Civil en materia probatoria", Revista Actualidad Jurídica N°21, Universidad del Desarrollo, julio, 2010.
- 11.- *Santibañez Boric, Cristina*: "Las Cargas Probatorias Dinámicas", Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, N°1, 2010.

12.- *Stürner, Rolf*: "La obtención de información probatoria en el proceso civil", (traducción Álvaro Pérez Ragone), Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX, p. 244.

13.- *Tavolari Oliveros, Raúl*: "¿Confianza o desconfianza en los jueces?", Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Procesal Civil, N°22, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Edit. AbeledoPerrot (LegalPublishing Chile), Santiago, año 2012.

III.- PÁGINAS WEB.-

1.- www.bcn.cl

2.- www.reformaprocesalcivil.cl

3.- www.reformaprocesalcivil.cl/prueba/#_ftn1

4.- www.reformasprocesales.udp.cl.

5.- www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3dbea0494

6.- <http://lincolnmaylleantaurco.blogspot.com/2012/03/inversion-de-la-carga-de-la-prueba>

7.- www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01164.pdf?view=1

8.- www.poderjudicial.es/leydeenjuiciamientocivil (actualizada al 12/03/2012).

9.- www.rafaelmartinezabogado.cl/dv/La%20carga%20de%20la%20prueba%20en%20Materia%20Tributaria.doc.

10.- www.ongidechile.cl/imgmodulo/archivoNoticia2/18pdf.

11.- <http://es.scribd.com/doc/91367617/Codigo-Procesal-Civil-Modelo-Para-Iberoamérica>.