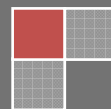


2013

Las cargas dinámicas de la prueba. Análisis de la reforma a la justicia chilena y propuestas

Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales
CHILE

Autores: Julio Bannura, Nicole Bordón, Lorena
Espinosa, Consuelo Ghisolfo, Maximiliano González,
Verónica González, Ignacio Martínez, Danitza Pérez,
Director semillero: Profesor Raúl San Martín



INDICE

Introducción	4
Capítulo I. Las cargas dinámicas de la prueba.	6
1. Concepto	6
2. Origen doctrinario.	7
3. Fundamentos	7
Capítulo II. La carga dinámica en la legislación y jurisprudencia comparada.	11
1. España	11
2. Argentina	12
3. Colombia	15
Capítulo III. Carga dinámica de la prueba en el Reforma Procesal Civil chilena	16
1. Proyecto de ley que crea el Nuevo Código Procesal Civil	16
2. Críticas al proyecto de ley	17
Capítulo IV. Propuesta de algunos criterios para la aplicación de la carga dinámica de la prueba	19
Conclusiones	23
Bibliografía	26

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo realizar un análisis crítico de las cargas probatorias dinámicas en la reforma procesal civil chilena. Para ello, fue necesario primeramente estudiar acerca de la fisionomía general de esta institución, indagar en sus fundamentos e investigar su presencia y consagración legal en el derecho comparado, a fin de analizar su posible incorporación en nuestro país, para determinar que tal regulación es, a lo menos, vaga en cuanto a su aplicación y posibles consecuencias de su incumplimiento. Por lo tanto, teniendo en consideración las críticas que se han efectuado a esta figura y la jurisprudencia comparada, determinamos qué criterios deben ser considerados por el juez que se enfrenta al caso concreto y qué consecuencias podrían homologarse ante el incumplimiento de la carga impuesta en aplicación de esta doctrina.

Palabras claves: carga de la prueba – cargas probatorias dinámicas – equidad – igualdad de armas – reforma procesal civil.

ABSTRACT

This investigation's main objective is to analyze critically the dynamic evidentiary burdens from the Chilean civil procedural reform. To attain this goal, it was first necessary to study the general physiognomy of this institution, inquire on its foundations, and investigate its presence and legal consecration in comparative law, so we could analyze its possible incorporation in our country, to find out that such regulation is, at least, vague in its application and possible consequences of not complying. Thus, having in consideration the critics made to this figure and the comparative jurisprudence about it, we determined which criteria needs to be regarded by the judge who faces the concrete case, and what consequences could be homologated if the burden imposed as application of this doctrine is not complied with.

Key words: evidentiary burdens – dynamic evidentiary burdens – equity – equality of arms – civil procedural reform.

INTRODUCCION

La carga de la prueba es tal vez uno de los temas más complejos del derecho procesal. En términos generales, responde a la pregunta de quién debe probar en juicio y, en particular, qué hechos debe probar cada uno de los litigantes. En efecto, una vez que el juez ha definido los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos corresponde a las partes aportar los elementos destinados a demostrar la veracidad de las afirmaciones alegadas en la fase de discusión.

La regla general en esta materia está recogida en el antiguo brocardo romano que señala “*onus probandi incumbit ei qui dicit*” (quien alega debe probar), el cual en el caso chileno, se encuentra consagrada en el artículo 1698 del Código Civil. En virtud de este principio la jurisprudencia y la doctrina nacional han sostenido que corresponde al actor probar los hechos constitutivos y al demandado, los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes.

Sin embargo, el problema surge cuando la actividad probatoria de las partes es insuficiente y el juez, dado que no puede emitir una sentencia “*non liquet*”, debe igualmente pronunciarse. Como se observa, la falta o insuficiencia de prueba impide al juez recibir la información completa, adecuada y de calidad para formar su convicción y fallar conforme a derecho. En un escenario como el descrito, cabe preguntarse entonces: ¿a quién perjudicará la falta o insuficiencia de prueba?

Esta pregunta nos remite al estudio de las reglas de la carga de la prueba, tema que ha dado pie a un interesante y extenso debate acerca de si el juez -en un escenario de ausencia o insuficiencia de material probatorio- puede distribuir el peso de la prueba entre los litigantes y cómo debe hacerlo.

Una de las instituciones procesales que se utiliza en estos casos es la de las “cargas dinámicas de la prueba”, también conocida como principio de facilidad de la prueba, cuyo objetivo es flexibilizar las tradicionales reglas de distribución del peso de la prueba desplazándolo a aquella parte que -en principio- no tenía la carga de probar. Se trata de una institución recogida en varias legislaciones iberoamericanas e incorporada en el proyecto de reforma a la justicia civil chilena, actualmente en proceso de discusión parlamentaria.

Sin embargo, la propuesta legislativa es extremadamente amplia y carece de criterios o parámetros que ofrezcan orientaciones al juez para emplearla en el caso concreto. Consideramos que ello dificultará enormemente su aplicación práctica, teniendo en cuenta además que se trata de una institución nueva en nuestra cultura legal y que ya ha suscitado la crítica de parte de la doctrina y de los propios jueces.

En ese contexto, el objetivo de este trabajo es examinar la institución de las cargas probatorias dinámicas, con el fin de proponer algunos criterios generales para el juez, que permitan asegurar su aplicación en el futuro.

Para ello, en el capítulo primero se presenta un marco conceptual acerca de la carga de la prueba en general, y de las cargas dinámicas en particular, de modo de conocer el origen de esta institución y sus fundamentos.

En el segundo capítulo, se presenta información acerca de la regulación de las cargas dinámicas probatorias en la legislación comparada, en particular en Argentina, España y Colombia.

El capítulo tercero se refiere a la propuesta legislativa chilena, dando cuenta de los objetivos perseguidos por el Ejecutivo al incorporar esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, así como las críticas que se han esbozado en su contra.

Por último, en el cuarto capítulo presentaremos una propuesta de algunos criterios o líneas orientadoras que, a nuestro juicio, pueden contribuir a mejorar la redacción contenida en el proyecto de ley chileno y a una adecuada aplicación de las cargas dinámicas en el futuro.

CAPÍTULO I. LAS CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA.

1. Concepto de las cargas probatorias dinámicas.

Para poder aproximarnos al concepto de carga dinámica de la prueba, nos parece relevante tener previamente una noción de carga procesal y, en particular, de carga de la prueba.

Couture ha clasificado a los imperativos jurídicos en deberes, obligaciones y cargas procesales. La carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley, que consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.¹

Dentro de esta categoría se encuentra el requerimiento a las partes de acreditar sus alegaciones y defensas, lo que habitualmente llamamos la carga de la prueba. Esta institución es uno de los pilares del derecho probatorio y ha sido y sigue siendo un tema de gran discusión dentro de la doctrina procesal.

La carga de la prueba permite determinar, en el marco de un proceso judicial, quién debe probar. Es decir, cuál de los sujetos que actúan en juicio debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate. Hablamos de “carga” de la prueba, puesto que se le impone a uno o ambos litigantes, el peso de acreditar la verdad de los hechos enunciados por ellos, siendo un imperativo que corre sólo en interés de cada litigante, ya que si no se dan por probados los hechos el juez desestimarás sus proposiciones fácticas.

Como sabemos, en esta materia la regla clásica del *onus probandi* es que quien alega un hecho debe probarlo, regla que se recoge de diversas formas en los distintos cuerpos legales, pero manteniendo el mismo espíritu.

Ahora bien, en los últimos años ha venido tomando fuerza en la doctrina y en algunas legislaciones iberoamericanas, la noción de “carga dinámica de la prueba” o principio de facilidad de la prueba, institución de carácter excepcional que tiene como principal objetivo matizar o alivianar los criterios tradicionales de distribución de la carga probatoria, de modo de corregir eventuales desigualdades entre las partes.

Esta institución ha sido desarrollada en Latinoamérica principalmente por la doctrina procesal argentina, siendo el profesor Jorge Peyrano su principal referente, quien sostiene que “se debe colocar la carga respectiva en la cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.”²

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas recibe esta denominación porque el *onus probandi* se independiza de los enfoques apriorísticos, no se ata a preceptos rígidos, sino que, más bien, depende de las circunstancias del caso concreto. En otras palabras, el rol de las partes y la definición de los hechos a probar se autonomiza de las reglas tradicionales,

¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal Civil*, cuarta edición, Montevideo – Buenos Aires, Editorial B de F, 2009, p.173.

² PEYRANO, Jorge, *Procedimiento Civil y Comercial*, Rosario, Editorial Juris., 1991. p. 78.

estableciendo que la carga probatoria pesa sobre quien está en mejores condiciones técnicas, fácticas o profesionales para producir la prueba respectiva.

2. Origen doctrinario del concepto de carga dinámica de la prueba.

Si bien la expresión de carga dinámica de la prueba o de principio de facilidad de la prueba es de reciente data, la discusión acerca de la necesidad de un sistema de distribución de la carga probatoria, en pos de una resolución más justa que considere las circunstancias del caso concreto, no es nueva.

Por ejemplo, Jeremías Bentham en su “Tratado de las pruebas judiciales” del año 1823, señala 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”, e incluso critica el aforismo “quien formula la alegación es a quien le corresponde probar la veracidad de la misma”, considerando que la experiencia demuestra que produce como resultado mayores dilaciones, vejámenes y gastos. Aun así, más adelante sostiene que es el demandante quien soporta la carga de la prueba, pues es quien corre un mayor riesgo al no ser probada una alegación.³

Por su parte, Francisco Carnelutti considera que si bien el interés sobre los hechos es unilateral (cada parte alega los hechos que le son de su conveniencia), el interés de la prueba sobre esos hechos es bilateral, ya que una parte posee interés en probar su veracidad, mientras que la otra posee interés en probar su inexistencia. A su juicio, el criterio que debe utilizarse en estos casos es la conveniencia de estimular la prueba en la parte que probablemente esté en mejores condiciones de aportarla, y por tanto, debe tenerse como base, una regla de experiencia que establezca cuál de las partes está en mejores condiciones para ello. Solo así se conforma el objeto del proceso, que es la composición justa del litigio.⁴

3. Fundamentos doctrinarios.

a. Igualdad de armas y debido proceso.

Uno de los principales fundamentos que se dan para justificar la institución de las cargas dinámicas, es el derecho a la igualdad procesal o igualdad de armas, como parte integrante del derecho a un debido proceso.

Se entiende que la igualdad procesal es un derecho esencial de las personas, y que al emanar de la naturaleza humana, es preexistente a toda legislación positiva. Ello significa que las partes, una vez iniciado el proceso, deben ser situadas en condiciones equivalentes – como dice Calamandrei: “en absoluta paridad de condiciones”⁵-, sin que existan diferencias en relación a sus derechos y deberes.⁶

³ BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, En: Vergas, Abraham, *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*, pp. 15, 16.

⁴ CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1944, pp. 94-97.

⁵ LOUYTAF, Roberto y SOLÁ, Ernesto, *Principio de Igualdad Procesal*, citando a CALAMANDREI, Piero:

Como sabemos, esta idea se recoge en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual precisa que las garantías mínimas contenidas en esta disposición, son derechos que deben ser ejercidos "en plena igualdad".

Sin embargo, como bien señala Michele Taruffo, "a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte débil (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante".⁷

En esta misma línea, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha señalado que "para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (...) el proceso **debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real** de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación".⁸ (Lo subrayado es nuestro).

La CIDH ha sostenido que se debe entender que la desigualdad real entre partes, dentro de un proceso judicial, determina un deber positivo del Estado en orden a adoptar medidas que logren disminuir las falencias que impidan un efectivo resguardo de los intereses. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha remarcado este punto, señalando que en un caso particular, se puede determinar la necesidad de contar con mayores garantías a las establecidas expresamente en los instrumentos de derechos humanos, con la finalidad de lograr un juicio justo. Se trata de reparar todo tipo de desventaja real que pueda sufrir una parte del litigio, con lo cual se resguardaría el principio de igualdad ante la ley y prohibición de discriminar.⁹

"Instituciones de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentis Melendo, Bs. As., EJEJA, volumen I, 1973, p. 418; CSJN, Fallos 312-1998.

⁶ LOUYTAF, Roberto y SOLÁ, Ernesto, *Principio de Igualdad Procesal*, p.4, citando a GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, tomo I, pág. 171-172.

⁷ TARUFFO, Michele, "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", *Revista de Derecho*, volumen 15, 2003, Valdivia [citado 2013-06-24], pp. 205-213. Página visitada el 23 de junio de 2013.

⁸ LOUYTAF, Roberto y SOLÁ, Ernesto, *Principio de Igualdad Procesal*, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal- Opinión Consultiva OC-16/99 del 01-10-99, Serie A, n°:16.

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 2007, pp. 9 – 20.

b. Equidad y deberes procesales.

Otra aproximación a los fundamentos de las cargas dinámicas se puede encontrar en los principios generales del proceso, los cuales no solo constituyen parámetros interpretativos de las normas positivas vigentes, sino que también son mecanismos generadores de deberes y cargas procesales que exceden lo expresamente previsto por las normas legales.¹⁰

“Vengo sosteniendo, y la realidad así lo demuestra, que de dichos principios se desprenden los llamados “deberes genéricos” y las que aquí denominamos “cargas implícitas.”¹¹ Para Rambaldo, la doctrina de la carga dinámica encuentra su sustento en estas cargas implícitas que operan en forma conjunta y concomitante con los deberes genéricos (expresos o no), que se derivan de dos principios en particular: el de *moralidad procesal* y el del *uso regular de los derechos procesales*.¹²

La equidad también ha sido mencionada como uno de los fundamentos de esta institución. El profesor colombiano Jairo Parra, sostiene que en estos casos existen “razones de equidad”¹³ para corregir la regla general, debido al desequilibrio que resulta del mayor acceso a la prueba que tiene alguna de las partes frente a la otra, y a la desigualdad de poder que se produce al interior del proceso como consecuencia de las capacidades de los litigantes.

Por su parte, Inés Lépori White considera que la *justicia* aplicada al caso concreto, o sea, la *equidad*, representa el fundamento principal de la carga dinámica. Sostiene que la regla clásica del *onus probandi* con sus dogmas y construcciones jurídicas se olvidó de una serie de elementos esenciales del proceso, entre los cuales se encuentra la justicia. En sus propias palabras: “Esta doctrina procesal, tan ocupada en hablar de los derechos y las garantías de las partes, o mejor dicho, de garantizar los derechos de las partes, como por ejemplo el de la defensa, pasó por alto el detalle de la justicia”¹⁴.

Frente a esto se pregunta, ¿es acaso posible garantizar el derecho a la defensa sin asegurar antes la justicia? ¿Qué garantía de defensa tiene la parte que queda a merced de la contraria porque no está al alcance de sus posibilidades materiales la prueba del caso, como en una mala praxis médica o un acto simulado? Es por esto, que el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias sería la *justicia* aplicada al caso concreto, es decir, la *equidad*.¹⁵

A juicio de Lépori, de este principio se derivan otros dos fundamentos de gran importancia, a saber, la actitud de las partes y la responsabilidad del juez. En relación con el primero de

¹⁰ RAMBALDO, Juan A., *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 29

¹¹ RAMBALDO, Juan A., La conducta procesal de las partes como medio de prueba, ponencia general en las Jornadas Preparatorias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rosario, 2-12-2002.

¹² RAMBALDO, Juan A., *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 30.

¹³ PARRA, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, Bogotá, 2005, p. 277.

¹⁴ LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 66.

¹⁵ IBÍD.

ellos, señala que las partes en un proceso dispositivo, en lo relativo a su defensa, no solamente tienen obligaciones y cargas, sino que asumen también determinados *deberes*. Y ello así por cuanto una vez dentro del proceso, tanto las partes como sus defensores, tienen el *deber procesal* de conducirse con *lealtad, probidad y buena fe* por disposición expresa de la ley.¹⁶ Para Lépori este deber se extiende en materia de prueba con el fin de que el juez pueda alcanzar la verdad.

El segundo fundamento es el de la responsabilidad del juez en el proceso. La ley procesal hace referencia a él al establecer, por ejemplo, que el debate judicial es dirigido por el juez, el que tiene el deber de adoptar todas las medidas que estime conducentes al esclarecimiento de los hechos. No quiere decir esto que la ley coloque a los magistrados en un papel de simples guardianes del orden y la compostura. Es posible inferir que es de la esencia de la magistratura, impedir que el más fuerte, o el que tiene una posición más ventajosa -ya sea económica, social o jurídica, tanto en la relación sustancial o procesal-, saque provecho de ello en el proceso y en detrimento del más débil.¹⁷

Entonces, “al conjugar armónicamente las tradicionales reglas de la carga de la prueba con la *justicia* en el caso concreto, los *deberes del juez*, y los *deberes de conductas procesales de las partes*, se obtienen las bases o los fundamentos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”¹⁸.

¹⁶ LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pp. 66, 67.

¹⁷ LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 68.

¹⁸ IBÍD.

CAPITULO II. LA CARGA DINÁMICA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

En Chile la institución de las cargas dinámicas es novedosa, pues no existen antecedentes legales ni jurisprudenciales que avalen su aplicación. Sin embargo, algunos países iberoamericanos la regulan en sus códigos con similares objetivos y características.

A continuación se presenta una breve revisión de legislación comparada, en particular de tres países: España, Argentina y Colombia.

a. España.

La legislación española contempla, de forma expresa, la norma que establece la posibilidad de valerse de la carga dinámica de la prueba, así lo señala el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 bajo el título de “Carga de la Prueba”. A saber:

“Artículo 217 Carga de la prueba

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, 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.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
7. 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.” (Lo subrayado es nuestro).

Como se observa, en relación con la carga dinámica de la prueba, se establecen dos criterios para su procedencia: disponibilidad y facilidad. Dicha norma ordena a los jueces y magistrados a tener en consideración la posición de las partes respecto de las pruebas “y, en particular, al hecho de que una de ellas disponga en exclusiva de un medio de prueba de interés para el proceso, y por tanto, resulte imposible a la contraparte acceder a él, o a la mayor facilidad con que una de ellas puede aportar una determinada prueba”.¹⁹

A pesar de la reciente consagración de las cargas dinámicas, es preciso señalar que históricamente en este país “era una dirección jurisprudencial consolidada que la prueba deba exigirse de quien la pueda tener normalmente a su disposición.”²⁰ Es decir, la norma antes citada vino a recoger una práctica jurisprudencial que se había producido respecto de la aplicación del peso de la prueba en ciertos casos concretos. Estos criterios jurisprudenciales surgieron para suavizar la rígida regla sobre carga probatoria que contenía la legislación española en el derogado artículo 1214 de su Código Civil: “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”.

Solo a modo de ejemplo, vale la pena traer a colación un caso de responsabilidad médica del año 1973. Producto de una intervención quirúrgica, fue dejado un resto de gasa en el cuerpo del paciente. El actor reclamó una indemnización de perjuicios, por concepto de responsabilidad civil contractual por los daños derivados del incumplimiento de la obligación esencial de prestar el cuidado médico. En este caso, el Tribunal Supremo producto de un recurso de casación, señaló que si bien no había quedado acreditada la relación de causalidad, atendiendo la doctrina de la disponibilidad y facilidad probatoria, ésta sí concurría, puesto que “el médico demandado no ha acreditado, ni justificado, ni prácticamente alegado, que las secuelas y, en definitiva, la incapacidad tuviera una causa ajena a la actuación médica. Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba.”²¹

2. Argentina.

La institución de la carga dinámica de la prueba se encuentra recogida en varios cuerpos legales argentinos. En efecto, debido a la descentralización legal de Argentina, las provincias tienen códigos independientes y, como se verá a continuación, en varios de ellos se regula esta institución.

¹⁹ LUNA YERGA, Álvaro, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2003, Barcelona, p.4.

²⁰ CARBONE, Carlos Alberto, *Las cargas probatorias dinámicas en la doctrina y jurisprudencia nacional*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 212.

²¹ LUNA YERGA, Álvaro, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2003, Barcelona, p. 2, 3.

Se contempla, por ejemplo, en los códigos procesales de las provincias de La Pampa, Corrientes, Santiago del Estero y San Juan, los que a continuación se detallan.

a. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa (1999)

“**Artículo 360.-** Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368.

Sin perjuicio de ello, **tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos.**” (Lo subrayado es nuestro).

b. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes (1973)

“**Artículo 377. Carga de la prueba.** Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga 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.

Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al **deber de colaboración** de las partes, si, por razón de la **habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particulares del caso.** Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.” (Lo subrayado es nuestro).

c. Código Procesal Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan (2008).

“**Artículo 340.- Carga de la prueba. Deberes del juez**

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. Si la ley extranjera o tratados, invocados por alguna de las partes no hubiere sido probada, será facultad del juez investigar su existencia, su vigencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. En los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto del principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal. Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del **deber de colaboración de las partes, según les sea a éstas menos dificultoso** aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, **por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones,** ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde la atención de la carga según las particularidades del caso. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa

probatoria del tribunal. Los jueces o tribunales podrán obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa.” (Lo subrayado es nuestro).

d. Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia Santiago del Estero (2008).

“Artículo 382.- Carga de la prueba. Serán objeto de la prueba los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos de la pretensión, respectivamente alegados por las partes, como también los preceptos jurídicos invocados que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

Cada una de las partes tendrá la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Cuando la materia fáctica controvertida lo justifique, el juez podrá variar la regla del apartado anterior y distribuirá la carga de la prueba aplicando el deber de colaboración de las partes, asignando su producción a quien por su situación le sea más cómodo aportarla por tener más fácil o exclusivo acceso a las evidencias por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones, según las particularidades del caso.” (Lo subrayado es nuestro).

Pese a que la carga dinámica de la prueba se encuentra regulada en varios cuerpos legales y es una práctica utilizada en la justicia de este país, la doctrina argentina ha señalado, sin embargo, que dicha institución no es aplicable en todos los casos, sino en aquellos que posean ciertas particularidades que lo hacen necesario, ya que de lo contrario se llegaría a una sentencia injusta. Para ello, el juez debe considerar los hechos a probar, la posición de las partes, el tipo de prueba a producir y “la parte que está en mejores condiciones técnicas, fácticas o profesionales de producirla, (...) también está en mejores condiciones de destruirla, o adulterarla a su favor, por lo tanto deberá ser muy cuidadoso en su aplicación y deberá cotejarlas con las demás probanzas reunidas en el juicio, si las hubiera, y siempre a la luz de las reglas de la sana crítica.”²²

Se sostiene que hay tres aspectos que “marcan, de alguna manera, los límites o parámetros dentro de los cuales procede la aplicación de la teoría en estudio, ya que en ausencia de alguno de ellos la misma se vuelve de difícil aplicación.”²³ Estos tres aspectos serían: “la actitud de las partes en el proceso, la responsabilidad del juez y la justicia en el caso concreto.”²⁴

²² AIRASCA, Ivana María, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 151.

²³ LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 73.

²⁴ LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 73.

Producto del establecimiento de dichos parámetros y de la aplicación recurrente de dicha institución, la doctrina ha señalado que “nunca podrá tomar de sorpresa a ninguna de las partes (...) por cuanto nadie puede sorprenderse si se sanciona su propia mala fe, malicia, abuso o falta de lealtad o probidad, tampoco por el hecho de que el tribunal asuma responsablemente su función y se preocupe por mantener la igualdad de las partes, y mucho menos por el hecho de que se resuelva con justicia en un caso”²⁵.

c. Colombia.

En el caso de Colombia, la carga de la prueba se regula en el artículo 167 del nuevo Código General del Proceso, publicado en el Diario Oficial el 12 de julio de 2012. Tal precepto legal, en su inciso primero establece la regla general, según la cual a cada parte le corresponde probar los hechos por ella alegados en búsqueda de determinados efectos jurídicos.

“Artículo 167. Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, **el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar**, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.” (Lo subrayado es nuestro).

Como se observa, en el inciso segundo y tercero de esta norma se consagra la institución materia de nuestro trabajo. En efecto, se regula como una excepción a la regla general del *onus probandi*, permitiendo al juez de oficio o a petición de parte, distribuir la carga probatoria, tanto durante su práctica como en cualquier momento del proceso antes de fallar, teniendo la parte que se encuentra en una posición más favorable para probar un hecho litigioso, la obligación de probarlo.

En la parte final del inciso segundo se establecen una serie de criterios que debe observar el juez al momento de distribuir la carga probatoria, dejando el legislador la enumeración abierta con la frase “*entre otras circunstancias similares*”.

²⁵ AIRASCA, Ivana María, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 151.

CAPÍTULO III. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL CHILENA.

1. La carga dinámica en el proyecto de ley que crea el Nuevo Código Procesal Civil.

En los últimos veinte años, Chile ha experimentado numerosas reformas en las distintas áreas del Derecho nacional. Una de las más destacadas ha sido la Reforma Procesal Penal, del año 2000, la cual modificó de forma profunda los principios y fundamentos en los cuales se basaba el sistema penal vigente de la época. Continuando con la tendencia nacional, la reforma del año 2012 pretende extender tales principios y fundamentos al sistema procesal civil con el objetivo de modernizarlo, teniendo en especial consideración “la defensa y amparo eficaz de los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos y ciudadanas”²⁶.

Haciendo referencia a las diversas reformas realizadas y el estado actual del sistema procesal civil, el Mensaje del proyecto de Reforma, se refiere a “(...) la incoherencia que representan los modernos avances en los otros sistemas procesales nacionales, con la pervivencia de un modelo de enjuiciamiento civil estructuralmente antagónico y a esta altura afectada de una grave obsolescencia. Esos nuevos y modernos sistemas de enjuiciamiento han evidenciado la enorme brecha con la actual reglamentación del proceso civil. (...) Es clara entonces la necesidad de una correcta coordinación y homologación de los distintos sistemas procesales, generando un mecanismo de protección de los derechos ciudadanos que sea coherente. En esa dirección es evidente que la legislación que propone este proyecto, es la llamada a articular centralmente ese propósito de coherencia.”²⁷

En relación con la materia en estudio, el proyecto de ley que crea el Nuevo Código Procesal Civil (en adelante NCPC) establece lo siguiente:

“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 exprese 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” (Lo subrayado es nuestro).

De acuerdo al Mensaje Presidencial, ésta es una de las modificaciones más destacadas, pues se propone un nuevo y más justo tratamiento a la tradicional regla del *onus probandi* a través de la incorporación de la figura de las cargas probatorias dinámicas, lo que implica que el peso de la prueba puede recaer en la parte que tiene un medio de prueba en su poder

²⁶ Mensaje N° 004 – 360, de S.E el Presidente de la República de Chile con el que inicia proyecto de ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, Santiago, 12 de marzo de 2012, p. 2.

²⁷ IBÍD, p. 3.

o aquella a la que le es más fácil obtenerlo.

En efecto, el Mensaje sostiene que "a fin de poder corregir eventuales desigualdades entre las partes se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros como la institución de carga dinámica de la prueba este instituto ha tenido amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instituto 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 procesal"²⁸.

2. Críticas a la propuesta chilena.

Como era previsible, esta propuesta ha generado un intenso debate en el foro y la academia.

Un primer cuestionamiento, dice relación con la determinación de mayor facilidad y disponibilidad probatoria que realizará el juez en el caso concreto. Ello, porque la norma está redactada en forma amplia y sin directrices, lo que podría llevar a abusos por parte de los jueces, privilegiando a una de las partes.²⁹

Se ha criticado además que el proyecto NCPC modifica importantes instituciones establecidas en el Código Civil chileno, sosteniéndose que si se quiere reformar el régimen de prueba de las obligaciones, primeramente se debe modificar el código sustantivo (Código Civil) y luego el código adjetivo, esto es, el procesal.³⁰

También se ha sostenido que esta institución altera tanto el principio de la autonomía privada como el sistema mismo de los contratos, trastocando además el libre mercado.³¹ En efecto, la carga dinámica provocaría que los contratos cuyo principal objetivo es la certeza jurídica, ya no sirvan para anticipar los riesgos que la contratación implica, pues el juez, a partir de criterios subjetivos que la norma no establece, podría cambiar el peso de la prueba.

Por último, se ha dicho que se alteran reglas legales sobre *teoría de los riesgos*, la prueba del *caso fortuito* como eximente de responsabilidad, y el sistema de presunciones que prevé el Código Civil chileno. La introducción de la carga dinámica al proceso civil permitiría que todo este sistema pueda verse alterado por la sola voluntad del juez, alterando el equilibrio que buscan dichas instituciones, especialmente en el caso de las presunciones.

En resumen, a juicio de los críticos, la institución de la carga dinámica parece ser una innovación en la subjetividad del juez, quien tendrá que "tomar partido" estableciendo en la audiencia preliminar, qué parte tendrá la carga de la prueba, lo cual es una vulneración a todo un sistema de prueba establecido de forma legal, con lo cual el gran afectado es "la certeza jurídica" y la imparcialidad del juez.

²⁸ Mensaje N° 004 – 360, de S.E el Presidente de la República de Chile con el que inicia proyecto de ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, Santiago, 12 de marzo de 2012, p. 18.

²⁹ TAPIA, Mauricio, CORNEJO A., Pablo, POLIT C., Joaquín, RÍOS L., Sebastián, SÁNCHEZ R., José Antonio, "Comentarios al proyecto de nuevo Código de Procesal Civil", *Universidad de Chile*.

³⁰ IBÍD.

³¹ IBÍD.

En respuesta a lo anterior, el profesor Raúl Tavolari, uno de los autores del proyecto, señala que esta institución lo que hace es que “conduce a la necesidad de efectuar jerarquizaciones. En este caso, el conflicto se suscita entre justicia y seguridad.”³² En efecto, lo que tenemos actualmente es un sistema que prioriza en todos sus aspectos la certeza jurídica, sin embargo, ¿esto asegura la justicia? Es en este escenario donde los jueces y el principio de inmediación adquieren un protagonismo que hasta ahora no han tenido. Y si bien no es una decisión que esté ajena a los criterios subjetivos del juez, es posible establecer directrices que permitan unificar ciertos criterios de aplicación, de manera que la confianza en los jueces termina siendo una necesidad para la aplicación de la carga dinámica.³³

Señala Tavolari, que la carga dinámica que pretende aplicarse en el sistema chileno, no es otra cosa que la manifestación del “principio de facilidad de la prueba”. Así, será el juez, quien analizando las circunstancias caso a caso y priorizando además la justicia antes que la certeza jurídica, deberá tomar una decisión respecto a la carga de probar. Ello, porque no obstante que la problemática se dé entre privados, el proceso civil es un instrumento de derecho público, por lo que la conducción del proceso le corresponde al juez, y por ello es necesario dotar de las atribuciones suficientes para que éstos cumplan su labor bajo un régimen que asegure el oportuno conocimiento de las partes.³⁴

³² TAVOLARI, Raúl, “¿Confianza o desconfianza en los jueces?: Un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad de la prueba”, *Instituto chileno de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, Julio de 2012. p. 4.

³³ IBÍD, p. 3.

³⁴ IBÍD, p. 6.

CAPITULO IV. ALGUNOS CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

A la luz de lo estudiado hasta ahora y en consideración a la extrema generalidad de la propuesta legislativa chilena, nos hemos dado a la tarea de elaborar un conjunto de propuestas destinadas a mejorar el texto en discusión, con el fin de aportar algunos elementos que contribuyan a la aplicación futura de la institución de la carga dinámica de la prueba en nuestro país.

Nos referiremos a dos aspectos que a nuestro juicio merecen especial atención. Por una parte, lo que dice relación con parámetros de aplicación judicial que permitan orientar la labor del juez en este proceso y, por otro, a las consecuencias que se derivarían del no cumplimiento de la carga impuesta por el juez.

Para ello nos valdremos de la doctrina y legislación comparada revisada para los efectos de este trabajo, como también de jurisprudencia española y argentina a la que hemos tenido acceso.

1. Algunas propuestas de criterios de aplicación judicial.

Consideramos que la forma en que está redactado el artículo 294 del proyecto de NCPC, tal como se pudo apreciar en el capítulo anterior, es muy amplia y no ofrece directriz alguna que oriente al juez a definir en qué casos debe alivianar o matizar la regla del *onus probandi*.

Como se pudo observar, el texto utiliza prácticamente las mismas palabras –disponibilidad y factibilidad- que otros cuerpos legales estudiados, pero sin entregar algún parámetro de interpretación de la norma, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo, en el caso colombiano.

A continuación se presentan dos criterios que a nuestro juicio, pueden ser útiles en el proceso de aplicación judicial.

a. Mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir una prueba.

Como ya se ha mencionado, la flexibilización de las reglas generales de la prueba -que se engloban bajo la noción de carga dinámica de la prueba- funciona bajo el principio de solidaridad o colaboración entre las partes y el principio de buena fe, debiendo el litigante que se encuentra en mejores condiciones para justificar sus dichos, realizar los aportes probatorios que los respalden.

Ello se observa, por ejemplo, en casos de responsabilidad médica, los cuales son de difícil comprobación. La jurisprudencia argentina y española han optado por aplicar las cargas probatorias dinámicas -en virtud del principio de solidaridad o colaboración- apelando al conocimiento técnico que tienen los médicos o entidad hospitalaria en este tipo de asuntos,

los cuales se encuentran en mejor posición de aportar la prueba al caso, para justificar su procedencia.

El fallo de la Cámara 2ª. Civil y Comercial de Paraná, en el caso “Clínica Modelo S.A. y otros con Elmeco Ingeniería SAIC y otros” del año 1997, establece que “La corriente contemporánea ha perfilado la idea de las reglas de las cargas probatorias dinámicas o desplazamiento de la carga probatoria en función del **principio de solidaridad o colaboración**, atribuyendo a la demandada una conducta activa de colaboración en la reconstrucción histórica del acto (...)”³⁵. (Lo subrayado es nuestro).

Este criterio también ha sido aplicado por la jurisprudencia española. Esto se advierte en la sentencia del Tribunal Supremo, número 830/2003 de 15 septiembre, que estableció que “el deber procesal de probar recae, también y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus **propios conocimientos técnicos** en la materia litigiosa y por **los medios poderosos a su disposición** gozan de una situación procesal mucho más ventajosa que la propia víctima, ajena al entorno médico”.³⁶ (Lo subrayado es nuestro).

Pero es importante señalar que no sólo se aplica a casos de mala praxis médica. En Argentina, por ejempl, se observa algo similar en el caso “Mendoza, María M. con Instituto de Serv. Coop. Bancarios” de 2 de junio de 1998. En el voto disidente de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza se expresa que las reglas de la prueba deben apreciarse de acuerdo al caso concreto sometido a decisión del tribunal, debiendo así considerar “cuál de las partes se encuentra en **mejores condiciones de aportar los elementos de juicio tendientes al mejor esclarecimiento de los hechos, a fin de equilibrar la situación procesal de los litigantes.**”³⁷

b. Aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad.

Un segundo criterio que creemos puede resultar útil en este proceso es el referido a la aptitud y comodidad para aportar medios probatorios. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la aptitud debe entenderse como la “capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, de una industria, de un arte”, mientras que la comodidad alude a la idea de conveniencia, oportunidad y proporcionalidad.³⁸

Estos parámetros apuntan a la proximidad que tendría la parte con el medio de prueba, lo que por tanto conllevaría a la necesidad de facilitar la aportación de esa prueba al proceso. En efecto, en general se advierte que la jurisprudencia ha estado *conteste* en desplazar los rígidos criterios del *onus probandi* en consideración de los presupuestos fácticos de las

³⁵ AIRASCA, Ivana María, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 146.

³⁶ Lo señalado también se utilizó como criterio en la Sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996,8938), fue reiterada por la de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002,10404).

³⁷ AIRASCA, Ivana María, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 147.

³⁸ Diccionario de la Real Academia Española.

partes frente al caso concreto, lo que se observa tanto en la jurisprudencia argentina como española.

Así, la jurisprudencia argentina ha establecido que “la responsabilidad del centro asistencial (hospital, sanatorio, centro de asistencia, etc.) que éste es el que **más fácilmente** ha de arrimar la prueba tendiente a acreditar que el servicio prestado ha reunido todos los recaudos esperados para garantizar el resultado prometido”³⁹.

Por ejemplo, en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Colman Dadino, Luis y otro con MCBA” de 24 de febrero de 1998, se establece lo siguiente: “el principio de la carga probatoria dinámica impone el deber de cooperación y esto es que quien se encuentre con **aptitud y comodidad para prestar su ayuda** a esclarecer la verdad debe hacerlo”⁴⁰.

Este criterio de disponibilidad y facilidad probatoria también ha sido invocado por la jurisprudencia española, quién ha sostenido en una sentencia del Tribunal Supremo número 306/2009 de 18 mayo (RJ/2009/3177) que correspondía probar a quien “disponía de los datos y los medios para despejar cualquier duda sobre la realidad o ficción de las altas de usuarios (...), se debe atender a la **disponibilidad y facilidad probatoria** de cada una de las partes, de modo que si en manos de la hoy recurrente estaba despejar definitivamente cualquier duda sobre lo que constituye el verdadero núcleo del litigio, sus omisiones solo pueden repercutir en su contra y no en perjuicio de la otra parte litigante.”

En esta misma línea, consideramos que una parte se encontrará en mejor capacidad de aportar prueba si tuvo participación directa en los hechos materias del proceso. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza expresó que “la teoría de las cargas probatorias dinámicas es aplicable a la acción de simulación iniciada por terceros, pues es de toda razonabilidad pensar que es mucho más fácil para **quién participó en el acto** acreditar la veracidad del mismo que para el ajeno demostrar la simulación”⁴¹.

2. Consecuencias del no cumplimiento de la decisión del tribunal.

Como hemos visto, la regulación de la carga dinámica en el proyecto NCPC, no se hace cargo de aspectos tan relevantes como la fijación de límites en la aplicación de la figura, o la delimitación de las consecuencias en caso de incumplimiento.

En relación a este último punto, es preciso mencionar que el texto legislativo establece, explícitamente, que la parte a quien se le ha impuesto la carga de probar y no lo hiciere, sufrirá o deberá asumir ciertas consecuencias. Sin embargo, la norma no señala en modo alguno (ni siquiera a modo ejemplar), cuáles podrían ser estas consecuencias a las que hace

³⁹ BARACAT, Edgar J., *Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 308.

⁴⁰ AIRASCA, Ivana María, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 148.

⁴¹ BARACAT, Egar J., *Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con especial referencia a antecedentes y a la materia juzgada*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 277.

referencia. En efecto, el proyecto señala en el artículo 294 inciso segundo: “(...) 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”. (Lo subrayado es nuestro).

Consideramos que este es un aspecto importante a debatir, pues si bien se entiende que la principal consecuencia que puede sufrir el litigante que incumple con la carga, es que se tendrán por probados los hechos en su contra, es posible imaginar otro tipo de consecuencias o sanciones destinadas a “motivar” el cumplimiento de la carga de probar que se ha impuesto por el tribunal en virtud de la aplicación de la institución objeto de este estudio. Dicho de otro modo, el hecho de haber incluido en el artículo la expresión “asumir las *consecuencias*”, puede tener como efecto una práctica interpretativa muy amplia, cosa que puede dificultar la correcta aplicación de la institución y desvirtuar los que serían sus originales efectos.

Una de las consecuencias imaginables es la de establecer una presunción simple en contra del litigante que incumple, tal como se observa en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, que en su artículo 204, en relación con la carga de la prueba en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, establece: “En esta clase de juicios serán admisibles todas las clases de prueba. La no colaboración para su diligenciamiento sin causa justificada, será tenida como una presunción simple en su contra”.

Otra alternativa sería establecer sanciones como las contenidas en el Código de Procedimiento Civil chileno, a propósito de la orden judicial de exhibición de documentos (artículo 349), tales como: (a) multas o arrestos hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir la orden y el apercibimiento, y (b) perder el derecho de hacer valer los documentos, cuya exhibición se le ha ordenado, sin perjuicio de decretarse allanamiento del local donde se halle el documento cuya exhibición se pida, y si se trata de libros mercantiles, de ser juzgado por los asientos de los libros de su colitigante que estuvieren arreglados, sin admitírsele prueba en contrario.

Ahora bien, no obstante lo anterior y el texto expreso del artículo en comento, consideramos que es una “consecuencia” adecuada y coherente el hecho de tener el o los hechos por probados en contra del litigante a quien se ha impuesto la carga de probar. Parece ser una motivación más que suficiente para la parte gravada con la carga, el hecho de que –en el supuesto concreto en el que opera el *onus probandi*–, se puedan tener por probados los hechos en su contra. Además, es lo que se sigue a la esencia del concepto de “carga” de la prueba.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo fue analizar de modo crítico la institución de la carga dinámica de la prueba, a la luz de la doctrina, la experiencia legal y jurisprudencial comparada, y el proceso de reforma procesal civil que se está gestando en nuestro país.

Se trata de un estudio que recoge las reflexiones e inquietudes que tuvo el grupo investigativo al constatar que la doctrina de las cargas dinámicas probatorias se estaba introduciendo en el proyecto NCPC, de modo que quisimos indagar en profundidad en ella, para poder definir con cierta claridad de qué manera se estaba introduciendo esta institución en Chile.

La motivación de este estudio surgió principalmente cuando nos percatamos que existían fuertes críticas a la inserción de esta institución en nuestra reforma procesal. Era un hecho que parte de la comunidad jurídica de nuestro país no estaba de acuerdo con introducirla en el nuevo proceso civil. Esto llevó al semillero a preguntarse qué tan válidas eran las críticas que se realizaban a la carga dinámica de la prueba, lo que a su vez nos abrió paso para preguntarnos cuál era la esencia de esta institución, qué fundamentos subyacían a ella, cuáles eran sus características principales, y cómo operaría en la práctica.

Luego de este proceso investigativo, podemos realizar una serie de conclusiones y consideraciones finales que se exponen a continuación.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas es un tema que, a pesar de haber sido, de cierto modo, discutida hace bastante tiempo, como institución legal propiamente tal es de muy reciente data, y de apoco se ha ido introduciendo en diversos sistemas legales. Es por esto que la carga dinámica de la prueba genera un alto grado de discusiones en torno a ella. No existe, de modo alguno, posiciones unánimes en cuanto a su rol y a la necesidad y formas de aplicación.

Por ello, el presente trabajo no busca establecer una propuesta concreta de reforma legal al artículo que consagra esta institución en nuestro país. Se trata más bien de una propuesta de distintos aspectos para debatir, cosa de poder contribuir a la correcta comprensión de la figura y así perfeccionar su futura aplicación.

En primer lugar, es preciso tener claridad acerca de cuáles son las razones que hacen necesaria la aplicación de las cargas probatorias dinámicas. Éstas tienen sus fundamentos, como vimos a lo largo del estudio, en razones de igualdad y equidad. Es indudable que en ciertas ocasiones las partes llegan al proceso en posiciones completamente asimétricas, ya sea por razones técnicas, sociales, profesionales, u otras. Frente a esto, y teniendo siempre en vista el conjunto de garantías procesales que debe tener toda persona, es que se entiende que el proceso debe procurar resolver e igualar las posiciones desiguales, a fin de velar por que el principio de igualdad de armas impere de forma real en los procesos.

Por otro lado, la necesidad de atender a cuál es la decisión más justa para ese caso concreto, obliga a tener en cuenta las particularidades puntuales de cada caso, las características propias de él y de las partes que se enfrentan. Hablamos por tanto, de una razón de *equidad*.

Pues bien, una vez reconocidas las razones de fondo que tenía esta institución, junto a los deberes procesales que tiene el juez, el que toma un rol más protagónico en nuestras reformas, consideramos que ellas eran completamente válidas y sumamente necesarias. Es un avance importantísimo en cuanto a la forma de concebir el desarrollo del proceso y encauzarlo a un desarrollo más garantista y a una decisión más justa.

Sin embargo, notamos que la forma en que estaba redactado el artículo de nuestra reforma procesal, no establecía criterios para la aplicación de la carga dinámica, a diferencia de lo que frecuentemente ocurría en el derecho comparado. Nos percatamos que, el artículo era muy amplio y podría llevar a interpretaciones sumamente diversas.

Es por esto que creímos necesario analizar los criterios que pudiesen establecerse para aplicar la figura. Creemos que es necesario agregar ciertos criterios que delimiten la actividad del juez en orden a evitar una posible arbitrariedad y la inseguridad de los litigantes. Por eso es que proponemos se fijen criterios como el tener mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir una prueba, y/o la aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad. Aún así, de agregarse criterios en la ley se debe dejar una cláusula abierta como ocurre en el CGP de Colombia.

De este modo, las partes podrán prever los casos en que la carga de probar podrá verse invertida.

Por otro lado, creemos que también es necesario, a fin de garantizar la seguridad del litigante y evitar una posible arbitrariedad del juez, establecer un sistema de recursos al que pueda acceder la parte que cree se ha visto perjudicada injustificadamente con la aplicación de la doctrina de las cargas dinámicas probatorias.

No obstante lo anterior, es importante tener presente que el hecho de introducir esta institución en nuestros sistemas, implica confiar en los jueces. La reforma, en efecto, le da más confianza en varias de sus nuevas instituciones, pero como no existe el precedente en nuestro sistema, en la práctica puede suceder que se den diversos criterios jurisprudenciales, razón por la cual es necesario establecer algunos parámetros, a modo ejemplar.

Por último, consideramos que el no establecer de forma expresa las posibles consecuencias que acarrearía el incumplimiento de la carga dinámica de la prueba, se produce otro problema que observamos respecto a la regulación de tal institución en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, con un análisis de las posibles consecuencias o sanciones que se establecen para situaciones similares, como grupo investigador pudimos determinar que la consecuencia más apropiada sería el tener el o los hechos por probados en contra del litigante a quien se le ha impuesto la carga de probar, lo que va en directa relación con la lógica del concepto de “carga” de la prueba que, como se señaló con anterioridad, trae aparejada una consecuencia gravosa para quien ha sido requerido de una conducta de realización facultativa, que generalmente ha sido establecida en beneficio de aquel mismo sujeto.

Finalmente, para dar cierre a este trabajo, consideramos que el espíritu reformativo que se encuentra viviendo nuestro país en este ámbito, nos mantiene expectantes en cuanto a los posibles resultados de su aplicación. Confiamos, en que a pesar de encontrar ciertas falencias en la nueva regulación, la reforma producirá un cambio en nuestro sistema procesal civil que ha sido requerido desde hace ya varios años.

Esperamos que la reforma procesal civil venga a solucionar los problemas que vive el actual sistema, ya obsoleto en comparación al resto de los sistemas procesales actuales con los que contamos; que ponga fin a uno de los principales problemas que tiene el actual, como son las dilaciones y largos periodos sin mayores respuestas a los problemas jurídicos de los ciudadanos; que modernice nuestro sistema y que dé cuenta de los valores y principios que realmente inspiran nuestro ordenamiento jurídico y sistema judicial.

BIBLIOGRAFIA

Airasca, Ivana María, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pp. 136, 146 – 148, 151.

Baracat, Edgar J., *Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pp. 308 y 277.

Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, En: Vargas, Abraham, *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*, pp. 15, 16, disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>> .

Carbone, Carlos Alberto, *Las cargas probatorias dinámicas en la doctrina y jurisprudencia nacional*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 212.

Carnelutti, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1944, pp. 94 – 97.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 2007, pp. 9 – 20.

Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal Civil*, cuarta edición, Montevideo – Buenos Aires, Editorial B de F, 2009, p.173.

Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=comodidad>> visita 25 de junio de 2013

España, Tribunal Supremo, número 830/2003 de 15 septiembre.

España, Tribunal Supremo, número 306/2009 de 18 de mayo.

Lépori White, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, En: Peyrano, Jorge *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pp. 66 - 68, 71, 73.

Louyraf, Roberto y Solá, Ernesto, *Principio de Igualdad Procesal*, volumen I, Buenos Aires, n° 2973, pp. 4, 418.

Luna Yerga, Álvaro, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2003, Barcelona, pp. 2- 4

Mensaje N° 004 – 360, de S.E el Presidente de la República de Chile con el que inicia

proyecto de ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, Santiago, 12 de marzo de 2012, p. 2, 3, 18, disponible en: < <http://www.reformaprocesalcivil.cl/wp-content/uploads/2012/07/PCPC-2012-8597-07.pdf>>

Parra, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, Bogotá, 2005, p. 277.

Peyrano, Jorge, *Procedimiento Civil y Comercial*, Rosario, Editorial Juris., 1991, p. 78.

Rambaldo, Juan Alberto, *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*, En: Peyrano, Jorge, *Cargas probatorias dinámicas*, primera edición, Santa fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pp. 29, 30.

Rambaldo, Juan Alberto, La conducta procesal de las partes como medio de prueba, ponencia general en las Jornadas Preparatorias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rosario, 2-12-2002

Tapia, Mauricio, Cornejo A., Pablo, Polit C., Joaquín, Ríos L., Sebastián, Sánchez R., José Antonio, “Comentarios al proyecto de nuevo Código de Procesal Civil”, *Universidad de Chile*, disponible en: <<http://www.reformasprocesales.udp.cl/wp-content/uploads/2010/09/observacionesdelDepartamentodeDerecho.pdf>>

Taruffo, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, *Revista de Derecho*, volumen 15, 2003, Valdivia, pp. 205 – 213.

Tavolari, Raúl. “¿Confianza o desconfianza en los jueces?: Un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad de la prueba”, *Instituto chileno de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, Julio de 2012, pp. 3, 4, 6, disponible en: <<http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/respuesta-raul-tavolari.pdf>> visita 10 de junio de 2013.