



## **TESINA EN DERECHO**

***LA PRUEBA DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
EXTRACONTRACTUAL: HACIA UNA MORIGERACIÓN DE LA CARGA  
PROBATORIA DE LA VICTIMA.***

**Autor:** Felipe Contreras Bianchi.

**Profesor guía:** Edgardo Reinoso Lundstedt.

*Noviembre de 2011*

## TABLA DE CONTENIDOS

- Tabla de contenidos.....	Pág.2
- Resumen.....	Pág.4
- Palabras clave.....	Pág.4
- Introducción.....	Pág.4

### CAPÍTULO I

<i>De la prueba civil en general.....</i>	Pág.7
---	-------

1.- Concepto.....	Pág.7
2.- Importancia de la prueba.....	Pág.7.

### CAPÍTULO II

<i>De la carga de la prueba.....</i>	Pág.9
--------------------------------------	-------

1.- Cargas procesales.....	Pág. 9
2.- La carga probatoria ¿Quién debe probar?.....	Pág. 10
2.1.- Carga probatoria como regla de conducta para las partes.....	Pág.11
2.1.1. Diversos intentos para fijar quién debe soportar la carga de la prueba... ..	Pág.12
2.1.2 Norma general sobre carga probatoria formal en nuestro ordenamiento.....	Pág.13
2.2.- Carga probatoria como regla de juicio para el juez.....	Pág.14

### CAPÍTULO III

<i>Regla general sobre carga de la prueba en el Derecho de daños. Prueba de la culpa.....</i>	Pág.15
---	--------

1.- Regla general en materia probatoria.....	Pág.15
--	--------

2.- Problema de la carga probatoria de la culpa en la responsabilidad aquiliana .....	Pág.16
---	--------

#### CAPÍTULO IV

<i>Teoría de los daños desproporcionados</i> .....	Pág.18
--	--------

1.- Concepto.....	Pág.18
2.- ¿En qué casos el daño puede calificarse como “desproporcionado?.....	Pág.23
5.- Efectos de la aplicación de la doctrina de los daños desproporcionados.....	Pág.25
4.- ¿Existe sustento legal en Chile para la teoría de los daños desproporcionados?.....	Pág.27

#### CAPÍTULO V

<i>Teoría de las cargas probatorias dinámicas</i> .....	Pág. 30
---	---------

1.- Concepto.....	Pág.30
2.- Diferencias y relaciones con la doctrina de los daños desproporcionados.....	Pág.31
3.- Fundamento y crítica que señala la teoría.....	Pág.31
4.- ¿En que hipótesis debe aplicarse la doctrina en estudio?.....	Pág.34
5.- Hacia una posible aplicación actual de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en Chile.....	Pág.35.
5.1.- Por medio de una interpretación armónica del Art. 1998 y los principios procesales que rigen la prueba.....	Pág.35.
5.2.- Aplicación de la teoría mediante la inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del Art.1698 por infracción a los principios del debido proceso.....	Pág.38.
6.- Cargas probatorias dinámicas en el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil.....	Pág.42.
- Conclusión.....	Pág. 43.
- Bibliografía.....	Pág.44.

## **RESUMEN.**

La finalidad del presente trabajo consiste en analizar la prueba en el Derecho de daños, específicamente la carga probatoria del supuesto *culpa* por parte de la víctima, desde un prisma *pro damnato*.

Para cumplir nuestro cometido, se aludirá a las nociones básicas respecto de prueba civil en general, para luego dar paso al estudio de la carga probatoria, especialmente dentro de la responsabilidad civil extracontractual. Posteriormente, se comentará y criticará la regla general de carga probatoria de los supuestos de la responsabilidad aquiliana, postulando una interpretación que garantice la indemnización de la víctima.

Finalmente, se expondrán ciertas doctrinas extranjeras que apuntan a asegurar la reparación del afectado en el derecho de daños, mediante nuevos horizontes procesales probatorios, apelando por su recepción en el derecho chileno.

## **PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES.**

Carga probatoria de la culpa - Derecho de daños - Daños desproporcionados - Cargas probatorias dinámicas.

## **INTRODUCCIÓN.**

El tema de la carga probatoria ha llamado la atención desde antiguo a los estudiosos del Derecho Procesal y del Derecho Civil. Desde las formulas romanas, hasta las modernas doctrinas que defienden el dinamismo de estas cargas, se han elaborado un conjunto de teorías, tanto por estudiosos del Derecho Procesal como por juristas especialistas del Derecho civil, que intentan formular una respuesta idónea a la pregunta sobre quién debe probar en juicio.

Adentrándonos en materia de responsabilidad civil extracontractual, la difícil carga probatoria de los elementos o requisitos de este tipo de responsabilidad por parte de la víctima del daño, llamó la atención de los estudiosos, en cuanto el perjudicado además de

ser dañado, debía embarcarse en la difícil tarea de probar cada unas de las condiciones de la responsabilidad aquiliana.

Dentro del tema de la carga probatoria de estos requisitos o condiciones, la experiencia una vez más llamo la atención en relación a la dificultad que solían tener las víctimas para probar un requisito en especial: La culpa. En relación a esto último, algunos autores han señalado que la prueba por parte de la víctima de este requisito de la responsabilidad aquiliana, tendría el carácter de una *prueba diabólica*.

Por las razones expuestas, los especialistas en la materia elaboraron teorías cuyo fin fuera morigerar a la víctima de este pesado fardo probatorio.

A la dificultad probatoria expuesta más arriba –principal fundamento de las teorías que buscan alivianar la posición probatoria desmejorada en que se encuentra la víctima en el proceso-, se suma la gran *moda* que ha experimentado la responsabilidad civil, pasando de ser la pariente pobre a la gran *vedette* del Derecho civil, según señaló Jossierand, como también el énfasis que se ha puesto en el daño y la víctima de éste, dejando de ser el centro de interés el elemento culpabilidad.

Si bien, como hemos anticipado, existen diversas posiciones modernas tendientes a alivianar la carga probatoria que recae sobre la víctima, no es menos cierto que en nuestro país ha sido un tema poco tratado por la doctrina, y de escasa aplicación por parte de la jurisprudencia nacional, la cual no suele ser creativa e innovadora, en cuanto en Chile la función judicial se percibe meramente “*como un acto técnico de aplicación y no de creación jurídica*”, en cuanto “*Los jueces en nuestro país se reputan meros aplicadores de la ley*”<sup>1</sup>.

Somos de la idea de que en la sociedad actual, caracterizada por innumerables adelantos tecnológicos e industriales, por un alza demográfico sostenido, y por un sin número de situaciones beneficiosas pero que a la vez son susceptibles de producir daño, el tema en estudio debe ser analizado con minuciosidad, siguiendo las ideas del derecho comparado.

Es por lo anterior que este trabajo pretende desarrollar ciertas doctrinas extranjeras relacionadas con la materia, y abogar por su posible aplicación en nuestro país, en

---

<sup>1</sup> Romero, Alejandro, *Nociones generales sobre el debido proceso civil*” (Memoria para optar al grado de licenciado en derecho, Universidad de Valparaíso), pág. 47.

consideración del principio *pro damnato* y de las dificultades probatorias que presentan ciertos casos.

El trabajo comienza con el Capítulo I, referido a la *Prueba civil en general*, donde se conceptúa ésta y se señala su importancia práctica.

El Capítulo II se refiere a la *Carga de la prueba*, en el cual se desarrolla brevemente la idea de carga procesal, para luego explicar minuciosamente el instituto de la carga probatoria.

Luego en el Capítulo III, relacionamos los conceptos expuestos en los capítulos anteriores, con los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. De esta manera, se aborda la temática relativa a la carga probatoria los requisitos de la responsabilidad aquiliana, y especialmente la carga de la prueba del elemento *culpa*. Además, se advierte sobre los problemas forenses que puede acarrear para la víctima una carga probatoria estática en esta materia.

En el Capítulo IV se desarrolla una de las teorías extranjeras que buscan alivianar la carga probatoria de la víctima en el Derecho de daños. Nos referimos a la denominada *Doctrina de los daños desproporcionados*, con origen español y con similar contenido que otra teorías extrajeras que en el mencionado capítulo se mencionan. Dentro de este apartado, se aboga por la aplicación de la doctrina en comento en nuestro país, con fundamento normativo.

En el último Capítulo nos referimos a la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*, elaborada en Argentina y argumentamos por su vital aplicación práctica en nuestra jurisprudencia.

Al final del texto, se presentan las conclusiones a las que arribamos luego de estudiar las materias en comento y relacionarlas con nuestra doctrina, jurisprudencia y normativa interna.

# CAPÍTULO I

## DE LA PRUEBA CIVIL EN GENERAL.

### 1.-Concepto

En un sentido general, probar consiste en *demostrar o establecer la verdad o exactitud de una proposición o afirmación*. Solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar.

En términos jurídicos<sup>2</sup> el concepto se torna más restringido, en cuanto consiste en *“Demostrar, por los medios que la ley establece, la verdad de un hecho que ha sido controvertido y que es fundamento del derecho que se pretende”*<sup>3</sup>: Es lo que se denomina *Prueba Judicial*.

La prueba judicial civil según COUTURE se asemeja a la prueba matemática, ya que consiste en *comprobar, demostrar, corroborar* la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio<sup>4</sup>.

Dentro del mundo jurídico el término *prueba* tiene además otras acepciones: Desde un punto de vista, se refiere a la tarea de la producción de los elementos de convicción, con lo cual nos referimos *al onus probandi o carga de la prueba*. También se utiliza este vocablo para designar a los *medios probatorios*, como cuando se habla de *“la prueba testimonial”*. Y por último, puede referirse al *resultado* alcanzado por las partes, por ejemplo cuando se dice que *“la prueba del demandante no fue suficiente”*

### 2.- Importancia de la prueba.

*“Probar o perecer”*. Así podemos resumir la importancia de la prueba en un proceso judicial. No sacamos nada con pretender reconocimiento de un derecho si no

---

<sup>2</sup>En términos jurídicos el vocablo *prueba* es un concepto polisémico. Nos referiremos a ella en este momento, entendiéndola como la *“acción de probar”*. Para mayor profundidad ver Casarino, Mario, *Manual de derecho procesal civil*, tomo IV, pág.69 y; Pescio, Victorio, *Manual de derecho civil*, tomo II, pág.323.

<sup>3</sup> Pescio, Victorio, ob.cit. tomo II, pág.322.

<sup>4</sup> Couture, Eduardo, “Fundamentos del Derecho procesal civil”, Pág. 178

estamos en condiciones de acreditar la existencia del hecho que le sirve de fundamento. La prueba está tan vinculada al derecho, que la imposibilidad de probarlo o acreditarlo, equivale prácticamente a la ausencia del derecho.<sup>5</sup>

Si deseamos embarcarnos en un juicio, debemos tener en cuenta que el resultado de nuestra pretensión dependerá, en definitiva, de lo que logremos acreditar o probar.

El juez civil, en virtud del principio dispositivo, sólo conoce de los hechos que las partes le hacen llegar en el procedimiento, por lo cual solo podremos obtener una decisión favorable si logramos probar nuestras pretensiones en el curso del proceso. El procesalista argentino DE SANTO, señala que “*el material de conocimiento debe ser proporcionado, principalmente por los litigantes; lo contrario significaría liberar a las partes de la carga de la prueba...*”<sup>6</sup>. El juez civil no cumple una tarea *investigadora*, si no que *verificadora* de los hechos alegados por las partes, de acuerdo con los medios probatorios que las mismas proponen.

Sin embargo, para que los hechos alegados logren el convencimiento del juez, deben ser acreditados por las partes, mediante los medios de prueba que indican las leyes. GUASP<sup>7</sup> expresa que *las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo*. Debe existir, por lo tanto, una actividad complementaria de la puramente alegatoria, dirigida a proporcionar el convencimiento del juez: No basta con *alegar*, se debe *comprobar*, ya que el juez en el proceso civil “*sólo puede resolver según lo alegado y probado*”.<sup>8</sup>

ALSINA<sup>9</sup> por su parte, nos ilustra en esta materia señalando que si bien el juez tiene conocimiento respecto del derecho, y por lo tanto nada importa si las partes omitieron mencionarlo o incurran en errores en cuando a las normas jurídicas aplicables, en virtud de principio *iura novit curia*, no ocurre lo mismo con los hechos, los cuales solo puede conocer a través de las afirmaciones de las partes y de las pruebas que ellas produzcan para comprobarlas.

---

<sup>5</sup> Pescio, Victorio, ob. cit, tomo II, pág.316.

<sup>6</sup> De Santo, Víctor, *La prueba judicial*, pág 12.

<sup>7</sup> Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, tomo I, pág. 320

<sup>8</sup> Alegre, Juan Carlos, “Las cargas probatorias dinámicas en el Derecho de Daños”, en *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.), pág 443.

<sup>9</sup> Alsina, Hugo, “*Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial*”, tomo III, pág 221.

CARNELUTTI<sup>10</sup>, comentando el principio dispositivo en materia probatoria, señala que las normas que conforman la institución de la prueba, establecen una primera y más amplia obligación del juez, de contenido negativo: Obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley. Es decir, el sentenciador solo puede dar por establecidos los hechos que las partes hayan probado mediante los medios legales durante el proceso.

En relación a esta materia, debemos recordar que uno de los primeros aforismos que se nos enseña a los estudiantes de Derecho en los primeros años de la disciplina de Derecho procesal, es aquel que indica que *“Lo que no está en el proceso, no está en el mundo”*, y los hechos entran al procedimiento por conducto de las pruebas que sobre ellos rindan las partes: Para el juez civil no existen otros hechos que los que se acrediten en el juicio, ya que el juez en el proceso civil no tiene el rol de investigar hechos. Rige en esta materia, el principio de neutralidad del juez: El juez solo puede recibir las pruebas que le proporcionan las partes, conforme a las normas legales: le incumbe *apreciar* esas pruebas, mas no *buscarlas*. Lo que no se prueba, no existe procesalmente. Por lo tanto, si no logramos probar los hechos que nos sirven de fundamento para nuestra pretensión, esta perecerá.

Así las cosas, desde el punto de vista de los litigantes, la prueba es la forma de convencer al juez sobre las pretensiones alegadas -siempre en virtud de los medios que indique la ley-, por lo cual queda manifiesta la importancia de ella.

## CAPÍTULO II

### *DE LA CARGA DE LA PRUEBA.*

#### **1.- Cargas procesales**

Antes de hablar sobre la carga probatoria, debemos tener claro en que consisten las cargas procesales. GOLDSCHMIDT de manera precisa señalaba que las cargas procesales

---

<sup>10</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, pág. 45.

consisten en imperativos que operan en el proceso en razón del propio interés de las partes, y que reemplazan, siempre dentro del proceso, las obligaciones.

BALESTRO<sup>11</sup> indica que la noción de carga se refiere a un “*Imperativo del propio interés de quien la soporta. Es la situación de necesidad en que se encuentra una parte de realizar un determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio*”

Es decir, son ciertos mandatos a las partes del proceso, que en el evento de no cumplirse, sólo perjudican a la parte a quien se ha dirigido dicha carga. CARNELUTTI<sup>12</sup> enseña que existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a la sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio, si la abstención del acto hace perder solo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga. La principal distinción entonces, consiste en a diversa *sanción* conminada a quien no realiza un acto.

MONTERO nos ilustra en esta materia, diciendo que “*existe una carga procesal cuando, presupuesto que la parte puede ejercitar o no los actos procesales, pues no esta obligada a ellos, si esta parte quiere alcanzar un determinado resultado o fin jurídico, la realización de un acto se le presenta como algo necesario*”<sup>13</sup>.

Las cargas procesales no son obligaciones, en cuanto sólo miran al *interés* del propio titular, a diferencia de las obligaciones que protegen intereses ajenos. Se diferencian también, en cuanto las cargas *no pueden ser exigidas coactivamente* como las obligaciones.

## **2.- La carga probatoria ¿Quién debe probar?**

Dentro del elenco de cargas procesales, se encuentra la denominada *carga probatoria*.

La doctrina señala que dentro amplio número de cargas procesales, le incumbe especial relevancia a la carga probatoria, la cual determina las reglas de la prueba que se dirigen tanto a identificar quién debe probar cierto hecho o circunstancia, como a señalar como debe fallar el magistrado ante la ausencia del prueba: El tribunal deberá fallar contra quien debía aprobar y no lo hizo<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Balestro, Miryam, *La dinámica de las cargas probatorias*, en *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.), pág. 332.

<sup>12</sup> Francesco Carnelutti, ob. cit, pág. 217

<sup>13</sup> Montero, Juan, “*La prueba en el proceso civil*”.Pág. 120

<sup>14</sup> Ver Peryano Jorge y Chiappini, Julio, *Lineamientos de las cargar probatorias “dinámicas”*, en *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.), pág. 14.

El estudio de la carga procesal de la prueba apunta a determinar cuál de las partes en el proceso debe demostrar los hechos que son objeto del juicio. A su vez, de manera consecucional, apuntan hacia el juez, ya que le indican la decisión que debe tomar en caso de falta de prueba sobre esos hechos, afectando la pretensión de alguna de las partes.

Los autores señalan que se trata problema más complejo y delicado de toda la teoría de la prueba<sup>15</sup>. Algunos autores<sup>16</sup> han señalado que *el punto neurálgico de la técnica probática ha venido siendo hasta el presente la doctrina de la carga de la prueba*. Lo anterior tiene bastante fundamento práctico, ya que al señalar quien debe probar, queda determinada también la persona que deberá soportar las consecuencias negativas en el caso de ausencia de prueba, y que consisten en que sus pretensiones no serán acogidas. Es por ello que se le denomina carga, peso o fardo de la prueba, con lo cual “*se sugiere que se trata de una tarea difícil, que entraña un gravamen y una responsabilidad*”<sup>17</sup>, ya que conlleva el riesgo de obtener una decisión adversa si no se produce la prueba por la parte que debía hacerlo, o si solo se produce una prueba insuficiente.

## **2.1.- Carga probatoria como regla de conducta para las partes.**

Desde el punto de vista de las partes, la carga de la prueba consiste en la “*conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos*”<sup>18</sup>. Es la imposición de una conducta. A lo anterior, los autores lo denominan *carga probatoria formal*, o *carga probatoria como regla de conducta* para las partes. Es, en consecuencia, un estímulo a la parte para que suministre la prueba y no obtenga los resultados negativos de la falta de ésta.

Como enseña MONTERO, la teoría de la carga probatoria sirve, en la fase probatoria del proceso, para que las partes sepan cual de ellas debe probar una afirmación de hecho determinada si no quieren que entre en juego la consecuencia de la falta de prueba de una afirmación.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Couture, *Fundamentos...* ob. cit, Pág. 197

<sup>16</sup> Alegre, Juan Carlos, “Las cargas probatorias dinámicas en el Derecho de Daños”, en *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.),

<sup>17</sup> Pescio, Victorio, ob. cit, tomo II, pág.324.

<sup>18</sup> Couture, *Fundamentos...* ob.cit. Pág. 198

<sup>19</sup> Montero, Juan, ob. cit. Pág. 127

Aún desde punto de vista de las partes litigantes y en íntima relación con lo que se explicará desde el punto de vista del juez, podemos agregar además que la carga de probar los hechos puede ser vista como una *sanción*, en cuanto implícitamente conlleva el riesgo de que quien no pruebe los hechos que ha de probar, pierde el pleito: “*Sólo puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala*”<sup>20</sup>. Es decir, no probar es perecer.

Es por todo lo anterior que si el demandante no logra probar los *hechos constitutivos* –vg. los supuestos de la obligación de indemnizar- , perderá el juicio, a pesar de que el demandado no pruebe nada y tome una actitud silente en el procedimiento –*quien calla niega*-: El demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba

### **2.1.1. Diversos intentos para fijar quién debe soportar la carga de la prueba**

En el intento de encontrar formulas maestras que definieran a priori quién debe probar, la doctrina procesal elaboró un sin número de teorías que respondieran a esta pregunta.

En efecto, la historia doctrinal nos revela que “*Este derecho-necesidad de probar, esta carga, fue objeto en todas las épocas de estudios encaminados a encontrar una regla general que pueda ser aplicada en todos los casos...La cuestión ha preocupado –y ocupado- a juristas de todos los tiempos, en un intento por lograr la “formula maravillosa” que consiga ser apropiada para solucionar todos los casos, en todas las épocas y bajo cualquier circunstancia*”.<sup>21</sup>

Primero fueron los aforismos romanos que intentaban entregar reglas rígidas aplicables a todos los casos, señalando por ejemplo que “*La carga de la prueba incumbe al actor*” o que “*la carga de la prueba incumbe a quien la afirma, no a quien la niega*”.

Luego, por problemas en la aplicación práctica ante ciertas situaciones, estos aforismos fueron abandonados por la jurisprudencia, lo que motivó la elaboración de la clásica teoría que distingue entre tipos de hechos, a saber: Hechos constitutivos, cuya carga

---

<sup>20</sup> Couture, Eduardo, *Fundamentos...* ob. cit. pág. 198.

<sup>21</sup> Balestro, Miryam, ob. cit., págs 332 y 333.

recae en el actor, y hechos impeditivos o extintivos, cuya carga probatoria recae en el demandado.

Luego se dio otro paso, con la teoría que señala que cada parte debe probar la existencia de los presupuestos de hecho de las normas cuyo efecto les beneficia, cuyo principal exponente fue Leo Rosenberg.

También se ha señalado, que debe probar a quien que alega un hecho contrario al estado normal de las cosas, es decir, que lo normal se presume, y lo anormal se prueba.

Esta sucesión de teorías, parece indicar que la búsqueda de formulas rígidas, no parece ser la solución al problema de la carga probatoria, en cuanto el Derecho al regular conductas humanas, caracterizadas por su dinamismo, debe acomodarse a éstas como instrumento útil para la justicia , basándose siempre en la realidad.

### **2.1.2 Norma general sobre carga probatoria formal en nuestro ordenamiento.**

En nuestro medio, la ley impone anticipada y estáticamente, como norma general, cual parte será la que debe soportar la carga probatoria. En efecto, la regla general contenida en el Art. 1968 del Código Civil prescribe que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas o ésta”*. Esta disposición es similar a la que contenía el art. 1315 de Código de Napoleón de 1804, y el ya sustituido art. 1214 del Código Civil Español, respecto de los cuales nuestro código civil es heredero.

Siempre se ha enseñado en las aulas que la norma anteriormente citada, recogió la doctrina<sup>22</sup> que distingue entre *clases de hechos* para distribuir la carga probatoria de éstos. De esta manera, la *prueba de los hechos constitutivos recae sobre el actor, y será el demandado quien deberá probar los hechos extintivos, los impeditivos, o los excluyentes*.

Sin embargo, y en abono a lo que expondré más adelante, no es menos cierto que el citado precepto impone la necesidad de probar a *aquel que asevera un hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas*<sup>23</sup>. Así, la Excelentísima Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, en relación a la norma sobre carga de la prueba contenida en el art. 1698 del código de Bello ha señalado que *“incumbe probar a quien*

---

<sup>22</sup> Para mayor profundidad, ver Couture, *Fundamentos...* ob.cit. pág 200 y ss.; Montero, ob. cit. pág 129 y ss.

<sup>23</sup> Pescio, Victorio, ob.cit., Tomo II, pág.326.

sostiene un planteamiento contrario al estado normal u ordinario de las cosas, esto es, que importe una situación de excepción. En la especie, se encuentra demostrado que la demandada opera un local nocturno donde se difunde música contemporánea, entonces lo normal o corriente será que las obras musicales que allí se utilicen estén incorporadas al repertorio tutelado por la SCD, pues eso sucede con la generalidad de las creaciones musicales”<sup>24</sup>, torciendo de esta manera, en beneficio de la víctima demandante, la letra del art. 1698. En esa misma línea, según enseña PESCIO<sup>25</sup> La carga recae sobre toda parte, demandante o demandada, que en el curso de la causa, avance una *proposición contraria al estado normal de las cosas*.

## **2.2 Carga probatoria como regla de juicio para el juez.**

Desde el punto de vista del sentenciador, MONTERO<sup>26</sup> señala que las normas que establecen la carga de la prueba pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada por la parte sobre la cual recae dicha carga procesal. Es decir, establecen las consecuencias –carga probatoria vista como sanción- de la falta de prueba de los hechos. A lo anterior, el autor citado llama *Cargas probatorias como regla de juicio para el juez*, en cuanto son normas que guían al juez en la fijación de los hechos desconocidos o no probados en el proceso, y especialmente en los efectos que esto acarrea.

Si bien puede parecer obvio, es importante destacar que lo mencionado en los párrafos anteriores respecto de la carga probatoria, tiene importancia práctica cuando no existe prueba sobre una afirmación de hecho, ya que es en este caso en se imputaran las consecuencias negativas de la falta de prueba a aquel litigante que debiendo probar, no lo hizo o no lo logro. CARNELUTTI sobre este punto señala que “*el juez solo debe acudir a las reglas sobre la carga de la prueba solo cuando con los medios a su disposición no pueda conocer la realidad de los hechos acerca de lo que deba decidir; el mecanismo de la*

---

<sup>24</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (2008): caso *Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Boite Nubia*.

<sup>25</sup> Pescio, Victorio, ob. cit, pág 327.

<sup>26</sup> Montero, Juan, ob. cit., pág. 125

*carga de la prueba es, precisamente un expediente que se le ofrece para fijar en la sentencia los hechos desconocidos, es decir, no verificables con los medios y con las fuentes de prueba*<sup>27</sup>.

### CAPÍTULO III

#### REGLA GENERAL SOBRE CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO DE DAÑOS. PRUEBA DE LA CULPA.

##### 1.- Regla general en materia probatoria.

La regla general es que el hecho ilícito culpable, debe probarse por quien lo alega. Es así, por la norma general del onus probandi establecida en el art.1698 del Código Civil: Corresponde probar la existencia de la obligación de indemnizar a quien la alega, por lo cual recae sobre la víctima la carga procesal de probar los supuestos de dicha obligación<sup>28</sup>. Por lo tanto, siendo la culpa uno de los elementos o supuestos de la responsabilidad aquiliana, por regla general la víctima deberá probar dicho requisito

La jurisprudencia, desde antiguo, en materia de responsabilidad civil extracontractual, ha reforzado la idea de que todos los requisitos de la responsabilidad aquiliana deben probarse por la víctima. Respecto del supuesto *culpa* la Corte Suprema ha señalado que *“La prueba de la culpa cuasidelictual o aquiliana corresponde al demandante, y la de irresponsabilidad o atenuación corresponde al demandado”*<sup>29</sup>, o que *“tratándose de la responsabilidad extracontractual, el peso de la prueba recae en la víctima, de manera que debe acreditar cada uno de los presupuestos de hecho necesarios para que ésta surja”*<sup>30</sup>. Lo anterior, no es sino por aplicación de regla general en materia de carga probatoria establecida en el art. 1698 del código civil, ya que *“el artículo 1698 del*

---

<sup>27</sup> Carnelutti, Francesco ob. cit, pág. 219.

<sup>28</sup> Cuatro son los elementos o condiciones de la responsabilidad aquiliana, a saber: a) El daño, b) la culpa o dolo; c) relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño; d) capacidad delictual. Ver Meza, Ramón, *Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones* Tomo II, Pág. 262.

<sup>29</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 16.10.1954

<sup>30</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 29.9.1998

*Código Civil, hace de cargo del demandante probar la existencia de la obligación de reparar, y del demandado acreditar su extinción*”<sup>31</sup>.

Esta idea se sigue manteniendo actualmente. En efecto, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de año 2002, se señala que *“es la víctima que reclama la correspondiente indemnización quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de este”*.

Incluso, la Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación en el fondo, ha señalado que *“Esta Corte Suprema ha sostenido invariablemente que la contravención de este precepto, que autoriza a anular una sentencia por la vía del recurso de casación en el fondo, consiste en alterar o invertir el peso de la prueba, imponiendo la carga de demostrar la existencia de la obligación o su extinción, a una parte distinta de aquella que alega alguno de estos hechos.”*<sup>32</sup>.

En pocas palabras, es la víctima que reclama la indemnización de perjuicios en sede extracontractual quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, salvo las excepciones legales en que se presume la culpa del agente de daño de las cuales hablaremos al comentar la doctrina de los daños desproporcionados.

## **2.- Problema de la carga probatoria de la culpa en la responsabilidad aquiliana.**

Sin duda que la prueba del requisito culpabilidad es aquella que más problemas acarrea para el demandante.

En opinión de BARROS *“los casos más difíciles en el ámbito de la responsabilidad civil plantean un amplio horizonte probatorio, que no solo comprende el hecho que causa el daño, sino, muy especialmente las circunstancias que permiten aplicar en la práctica los criterios de diligencia”*<sup>33</sup>. El mencionado autor señala que *“Una de las tareas más delicadas del derecho de la responsabilidad civil, ha sido establecer correcciones al principio de que es el demandante quien carga con el peso de la prueba”*. Señala luego, como hemos indicado, que este principio *“pone con frecuencia a la víctima*

---

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 6.9.2000

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (2008): caso *Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Boite Nubia*.

<sup>33</sup> Barros, Enrique, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, pág. 140.

en una importante desventaja estratégica frente al autor del daño”<sup>34</sup>. Respecto de la prueba de la culpa, el connotado jurista señala que “atendidas la tareas que puede plantear la prueba de la culpa, es decisivo, desde un punto de vista estratégico, a quien corresponde el peso de la prueba”.<sup>35</sup>. Es en consideración a estas dificultades que se contemplan presunciones de culpabilidad, cuyo efecto es invertir el peso de la prueba en favor de la víctima, como también la existencia teorías que buscan morigerar la dificultad probatoria en que se encuentra la víctima.

Por su parte, PEYRANO<sup>36</sup> comentando una similar regla a la del Art. 1698 del Código chileno en la legislación argentina, señala que “...la praxis –una ves más- alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas.”

De la misma opinión son los argentinos, TANZI y ALZERINI<sup>37</sup>, quienes indican que la tendencia que se advierte, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en los últimos años, es la de aligerar al damnificado de la carga de la prueba, lo que se obtiene, entre otros medios, mediante las presunciones de causalidad o culpabilidad. Añaden luego que la expresión “quien afirma debe probar sus dichos” (Art. 1698 en nuestro país), debe ser tratada con sumo cuidado a fin de no incurrir en un rigorismo tal que conduzca a la negación de la justicia.

DE CUPIS es más tajante en la materia, al señalar: “A nuestro modo de ver, hubiese sido mejor sistema adjuntar en todo caso al responsable la prueba de la ausencia de culpa, y no porque los daños sean normalmente ocasionados con culpa, sino simplemente, porque la prueba de un estado psicológico cual la culpa es tan ardua, que parece más justo que quien ha originado la causa material del daño demuestre no haber obrado con culpa, en vez de agregar al que ha sufrido el daño, la prueba, además del hecho dañoso, de la misma culpa. Pesada es la condición de aquel que debe probar el estado psicológico de otro sujeto, mientras que es mucho mas factible probar la presencia in se del estado psicológico contrario –diligencia, o sea, ausencia de culpa-.”<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Barros, Enrique, ob. Cit, pág. 142

<sup>35</sup> Barros, Enrique, ob. cit, pág. 141.

<sup>36</sup> Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.) pág. 15.

<sup>37</sup> Tanzy, Silvia y Alterini, Juan, *La demanda de daño*, pág. 153.

<sup>38</sup> De Cupis, Adriano, “El Daño”, pág 237.

El problema de la regla general en materia de la carga probatoria de la culpa, que hemos comentado, es eminentemente práctico. En muchos casos, el demandante carecerá de acceso a los instrumentos probatorios que están en poder del demandado, para poder demostrar que el autor del daño no empleó la diligencia debida. En la mayoría de los casos, la víctima difícilmente estará en condiciones de probar cual era el deber de cuidado que correspondía observar al agente dañoso.

Considerando estas dificultades, diversas son las vías que se han establecido para aliviar la situación en que se encuentra la víctima del daño: Las legislaciones han incorporado regímenes de responsabilidad objetiva en los cuales se dispensa a la víctima de probar culpa o dolo del demandado, ya que ésta deja de ser un supuesto necesario para que emerja responsabilidad. Por otro lado, los sistemas procesales actualmente tienden a morigerar las cargas procesales estáticas, como la contenida en el art. 1698, definiendo de manera más abierta, elástica o dinámica la *carga probatoria formal*. En el ámbito del derecho sustantivo de la responsabilidad, se contemplan presunciones de culpa, cuyo efecto es invertir el peso de la prueba en favor de la víctima.

En los siguientes párrafos expondré sobre dos teorías elaboradas por la doctrina comparada, relacionadas con lo expuesto en los párrafos anteriores, que apuntan precisamente a aliviar en peso de la prueba de la culpabilidad, impidiendo o ayudando a impedir que la prueba de la responsabilidad civil se transforme en una *prueba diabólica*.

Me refiero a la denominada *teoría de los daños desproporcionados*, que apunta a presumir la culpabilidad del agente del daño, y por ende invierte su carga probatoria, y a la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*, que apunta a colocar la carga de la prueba en quien se encuentre en mejor situación fáctica para rendirla, sin importar la calidad de demandante o demandado.

## CAPÍTULO IV.

### *TEORIA DE LOS DAÑOS DESPROPORCIONADOS.*

#### **1.- Concepto.**

Entiendo por doctrina de los daños desproporcionados *“aquella en virtud de la cual, ante la realidad de un daño que excede notoriamente de los que comparativamente quepa estimar como consecuencia asumible de una actividad riesgosa (sea o no médica), según las circunstancias de tiempo, lugar y avance de la sociedad, ha de inducirse que existió culpa por parte del demandado”*. Corresponde a lo que en distintos países se ha llamado teoría de la *culpa virtual*, *regla del res ipsa loquitur*, o *regla del anscheínsbeweis*<sup>39</sup>.

La aplicación de la doctrina en estudio permite aliviar los eventuales problemas probatorios descritos en los capítulos anteriores, en cuanto al ser empleada produce el efecto de invertir la carga de la prueba de la culpa, que según las reglas generales, corresponde a la víctima del hecho ilícito.

La teoría de los daños desproporcionados se refiere a hechos generadores de daños que por sí mismos explican el origen de su producción: Daños que no han podido producirse sino mediando culpa del demandado, lo cual justifica invertir parcialmente la carga probatoria.

Don Jorge Mosset, ha señalado en relación a las nuevas orientaciones en materia de la prueba de la culpa extracontractual que, *“La tendencia más reciente se orienta a invertir la carga de la prueba, en una serie de ámbitos de la responsabilidad o, al menos, a poner en las espaldas del demandado la carga de probar el “porqué del incumplimiento o del ilícito”, “su no culpa” en tales hechos o la índole fortuita del evento. Frente a la prueba del daño causado es el presunto agente quién debe desvirtuar la presunción de “autoría” [...] Ocurre que, al menos prima facie, los hechos o las cosas hablan por sí mismas – res ipsa loquitur-: así frente al daño por productos elaborados, daño ambiental, daño causado por empresas o por profesionales”*<sup>40</sup>.

El autor colombiano Javier TAMAYO, indica que la *“doctrina y la jurisprudencia han elaborado el concepto de culpa virtual, de acuerdo con el cual, la culpa puede darse*

---

<sup>39</sup> *Faute virtuelle* en Francia, *res ipsa loquitur* en el common law, *anscheínsbeweis* en la doctrina alemana

<sup>40</sup> Mosset, Jorge, *La prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil en el proyecto de 1998* en J.A (Jurisprudencia Argentina), 2000-II, pág 917 y ss.

*por probada partir de determinadas circunstancias que rodearon la conducta del agente. Se dice que las cosas hablan por si solas (res ipsa loquitur) ”<sup>41</sup>*

La jurisprudencia española aplicando la doctrina en estudio, ha dicho que “...se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables, en tanto por estos no se prueba lo contrario ”<sup>42</sup>.

En cuanto a aplicación de estas teorías GALÁN CORTÉS<sup>43</sup> señala que el juez debe hacerlo sobre un razonamiento a contrario: “*Si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido.*” Es decir, no ha podido provocarse el daño, si no con culpa del demandado.

Esta doctrina de los daños o resultados desproporcionados, es corriente generalizada en Europa desde hace varios años, especialmente en materia de responsabilidad civil médica cuando producto del tratamiento medico se generan daños que no guardan proporción con la enfermedad, síntoma o lesión por la cual ingreso al servicio medico. La Sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 9 de diciembre de 1999, en el caso de una operación de cataratas en que se produce la perdida de un ojo, ratifica lo anterior y explica de forma breve y muy clara la teoría que venimos describiendo al señalar que “*Debe aplicarse la doctrina jurisprudencial [...] sobre el daño desproporcionado, de que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla res ipsa loquitur que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y la regla del Anscheínsbeweís (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle(culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente...*”.

El Tribunal Supremo, en otras sentencias<sup>44</sup>, ha identificado con carácter general la doctrina de los daños desproporcionados con la *regla del ipsa loquitur*, la teoría del *ascheinbeweis* y la doctrina de la *culpa virtual*. Por lo tanto, lo que hemos dicho sobre la

---

<sup>41</sup> Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, pág. 199

<sup>42</sup> Sentencia Tribunal Supremo Español de fecha 5 de Enero de 2007.

<sup>43</sup> Galán, Julio Cesar, “*Responsabilidad civil médica*”, Pág. 187.

<sup>44</sup> Sentencias del Tribunal Supremo Español de fechas: 9.12.1998, 29.6.1999 y 9.12.1999.

doctrina del daño desproporcionado rige para las demás indicadas.

Si bien la doctrina y jurisprudencia ha ocupado normalmente esta teoría en materia de responsabilidad médica, en nuestra opinión ésta puede utilizarse para otras esferas de la vida social en que se produzcan daños de carácter desproporcionados. En esa misma línea, la doctrina comparada ha dicho que “*no se trata tanto de distinguir los sujetos a los que se aplica dicha fundamentación, sino de observar si se dan los presupuestos de hecho para que la doctrina se aplique*”<sup>45</sup>. Además, si bien es verdad que la jurisprudencia Europa ha utilizado estas teorías principalmente en materia de responsabilidad de los médicos, no es menos cierto que en sus mismas sentencias se ha admitido, al menos tácitamente, que no son los únicos ámbitos en que puede aplicarse.<sup>46</sup>

Aunque puede parecer obvio, no debe confundirse esta teoría con un caso de responsabilidad objetiva. En efecto, la aplicación de la doctrina en estudio conlleva a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado, existiendo la posibilidad de que éste –supongamos, un médico- pueda acreditar que tomó todas las medidas de seguridad que le eran exigibles según el caso particular, y que se apego a al *lex artis*, lo cual no ocurre en la responsabilidad objetiva en que se prescinde del elemento culpa o dolo y en que la sola ausencia de culpa no libera de responsabilidad. Como enseña GALAN, la responsabilidad civil en estos casos, no muda su naturaleza subjetiva por aplicación del *res ipsa loquitur*. La culpa ha quedado demostrada, aunque no por medios de prueba directa si no a través del instrumento presuntivo<sup>47</sup>.

Sobre la idea descrita en el párrafo anterior, la jurisprudencia española<sup>48</sup>, en relación a la responsabilidad de los médicos ha señalado que “*...queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba[...], bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios, por lo que tampoco responderá de ningún daño, por*

---

<sup>45</sup> Díaz-Regañón, Calixto, *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, pág. 162.

<sup>46</sup> Por ejemplo, la Sentencia de Tribunal Supremo Español 5 de enero 2007 señala que “*...la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia...*”. Es decir, menciona la actividad sanitaria de manera ejemplar, como una de los tantos ámbitos en que podría aplicarse esta doctrina.

<sup>47</sup> Galán, Julio Cesar, ob.cit., pág. 204.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 24 de noviembre de 2005.

*desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia”*

Tampoco debe entenderse que opera una *absoluta* inversión de la carga de la prueba, ya que de todas formas el demandante deberá probar la conducta, el daño – principalmente el carácter desproporcionado de éste- y el nexo causal. Solamente conlleva a admitir que existen hechos cuya evidencia de culpa queda demostrada por si mismos – *res ipsa loquitur*- , en tanto no son refutados.

Lo que busca esta teoría, no es alterar la regla general de la responsabilidad por culpa, sino que corregir, morigerar o atenuar los principios de la doctrina y jurisprudencia clásica, flexibilizando la rigidez de las teorías tradicionales de la prueba que en ciertos casos pueden producir indefensión del perjudicado al enfrentarse frente a una prueba diabólica, haciendo recaer sobre el demandado, en ciertos casos, la carga de la prueba, produciéndose una presunción de culpabilidad en su contra en tanto no se excuse de su culpabilidad, cuando el resultado sea desproporcionado a lo normal, según las circunstancias de tiempo y espacio. Debido a lo anterior, como señala el abogado y medico GALAN CORTÉS<sup>49</sup>, si el demandado incorpora al juicio una explicación convincente, coherente y suficiente del origen del daño y acredita que no fue debido a su culpa, ninguna responsabilidad podría imputársele, por cuanto el demandado no ha de responder de ningún daño, por desproporcionado que sea, si prueba que no fue debido a su culpa.

En suma, lo que predica esta doctrina es que al existir un daño o resultado desproporcionado en relación a la normalidad, se intuye que éste se produjo por culpa del demandante, por lo cual probando el daño se presume a su vez la negligencia, existiendo la posibilidad de que el agente del daño se libere de la responsabilidad demostrando que no hubo culpa, esquivando la posibilidad de verse afectado por las consecuencias de la falta de prueba –carga probatoria como regla de juicio para el juez- sobre su ausencia de culpa. Como ya hemos anticipado, en los casos en que se aplique esta teoría, el demandante sólo debería probar que existe un daño desproporcionado –también el nexo causal entre éste y la conducta- ya que en tales casos, la culpabilidad va envuelta en dicho resultado o daño<sup>50</sup>,

---

<sup>49</sup> Galán, Julio Cesar, ob cit. Pág. 205.

<sup>50</sup>En el mismo sentido, Luna, Álvaro: “...*estos instrumentos permiten confiar en el daño y en las circunstancias que lo rodean para inducir de su mera existencia u ordinaria ocurrencia, la culpa del demandado...*” Luna, Álvaro, *Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica*, en *Indret*, abril de 2003, pág 7. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/141\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/141_es.pdf). Fecha última consulta: 30 de Octubre de 2011

debido que se refiere a daños que solamente se producen cuando media negligencia.

A modo de conclusión de este capítulo, rematamos reiterando la idea principal de estas doctrinas: La *teoría de los daños desproporcionados*, de la *culpa virtual*, *regla del "anscheinsbeweis"* y la *regla del res ipsa loquitur* nos permite concluir que ante determinados resultados que sólo han de producirse al haber mediado negligencia, el juez debe alterar la carga normal de la prueba en relación al requisito culpabilidad, presumiendo ésta mientras el agente dañoso no pruebe haber utilizado la diligencia necesaria en un contexto determinado, o que el daño se produjo por una causa ajena, como podría ser el caso de un daño producido pro la concreción del riesgo típico de la actividad.

## **2.- ¿En qué casos el daño puede calificarse como “desproporcionado”?**

DIEZ PICAZO<sup>51</sup> señala que “no termina de saberse en qué consiste la desproporción del daño, es decir, si es lo mismo que daño importante o catastrófico con un gran número de víctimas o daño que presenta una anómala relación con el comportamiento”.

Relacionado con este punto, GALAN<sup>52</sup> señala “a nuestro criterio, el principal problema radica, en muchas ocasiones, en una aplicación extensiva e irrazonable de esta doctrina, sustentándose su aplicación, a veces, en un apriorismo injustificado, donde se da por hecho que el resultado indeseado es desproporcionado, lo que no siempre resulta equiparable”. Aplicar indiscriminadamente esta teoría, conllevaría en convertir a ciertos demandados de daños indeseados, mas no desproporcionados, en verdaderos aseguradores universales.

A tal punto ha llegado este problema, que en algunos Estados de EEUU, han prohibido la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur* en ciertos ámbitos<sup>53</sup>. En otros Estados del mismo país, se establecen casos taxativos en que puede aplicarse. Por ejemplo, en Florida, sólo se aplica el *res ipsa loquitur*, en materia médica, en casos de daños

---

<sup>51</sup>Diez-Picazo, Luís, *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, en De Ángel, Ricardo e Yzquierdo, Mariano, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 109.

<sup>52</sup> Galán, Julio cesar, ob.cit.pág .206 y ss.

<sup>53</sup> En Alabama, Idaho y New Hampshire, no se aplica esta regla en el ámbito sanitario.

producidos por oblitos u olvidos quirúrgicos.<sup>54</sup>

Dentro de esta problemática, algunas sentencias han rechazado -con acierto- la aplicación de esta teoría, intentando limitar el concepto de “desproporcionado”, diferenciándolo de un daño meramente indeseado o que sólo “cuantitativamente” son graves, mas no desproporcionados conforme a esta doctrina. Por ejemplo, en Sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 24 de noviembre de 2005, se señala que “...*aún siendo llamativo el resultado para un profano, que no entiende que de una extracción dental se puedan derivar tan graves consecuencias, ello no permite la aplicación de la técnica del llamado daño desproporcionado, como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia...*”. En la misma línea argumental, se dicto la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 21 de octubre de 2005, la cual ha rechazó la aplicación de esta teoría por cuanto ésta “*hace referencia al resultado clamoroso, inexplicado o inexplicable, y en caso enjuiciado existe una causa que explicaba la producción del resultado de hipertrofia o queloides de la cicatriz, que es la predisposición genética a tal efecto de la piel de la paciente*”.

Somos de la idea de que la doctrina del daño desproporcionado, debe aplicarse en aquellos casos en que se provocan perjuicios inexplicables, en completa desproporción con los resultados dañosos que no normalmente se producen o se puedan producir en la actividad o contexto del caso. Lo anterior, debe determinarse conforme las reglas de la lógica, máximas de la experiencia, y atendiendo a los conocimientos técnicos y científicos del área determinada en que se produzcan. Así por ejemplo, una enfermedad producida por el olvido de un resto milimétrico de una gasa en una operación llevada a cabo en un hospital de una lejana zona rural, actividad que por si misma es riesgosa, claramente impide aplicar esta teoría en cuanto no parece desproporcionado que en una operación en un lugar rural, queden dentro de un cuerpo humano restos que no pueden detectarse con la simple vista.

No parece razonable ni justo exigir en todos los casos a las personas un nivel de diligencia semejante que permita presumir su culpabilidad cuando un resultado parece ser

---

<sup>54</sup>Navarro, Mónica, Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario, en *Anuario de derecho civil*, Vol. 56, Nº 3, 2003, pág. 1219.

indeseado, mas no desproporcionado.

Como hemos anticipado, en nuestra opinión, para calificar un daño como desproporcionado, y así poder aplicar esta teoría y por ende presumir la culpa aquiliana del agente de daño, no solo debe atenderse a la *entidad del daño*. Se requiere, en segundo lugar, un estudio de las *circunstancias o contexto*<sup>55</sup> en que se produjo, para así determinar, conforme a reglas de la lógica, a las máximas de experiencia, y al estado de los conocimientos científicos y técnicos, si el daño puede calificarse como desproporcionado, anormal, inexplicable en relación los daños o perjuicios que puedan producirse hipotéticamente en una situación similar. Una vez calificado como desproporcionado el daño, conforme a los criterios señalados, el resultado será que la conducta de presume culposa, salvo prueba en contrario.

En definitiva, consideramos al igual que la doctrina y jurisprudencia española, que debe atenderse siempre a las reglas de la lógica, una máxima de la experiencia<sup>56</sup>, y a los conocimientos científicos y técnicos si corresponde, de la cual inducir la negligencia del hechor. No existen daños que sola y exclusivamente por su *entidad* sean desproporcionados, si no que siempre se debe *comparar* con un estándar general de perjuicios normales en un contexto determinado. Si como resultado de la operación comparativa aparece que el daño está en desproporción con los que normalmente ocurren, debe aplicarse el efecto probatorio de las presunciones de culpa: La persona cuya culpa se presume, deberá probar que empleó la debida diligencia o cuidado, que el daño se debe a una causa extraña no imputable, o que no existe relación de causalidad entre su hecho culpable y el daño: *Sin ello no podrá exonerarse de responsabilidad*.<sup>57</sup>

### **3.- Efectos de la aplicación de la doctrina de los daños desproporcionados.**

---

<sup>55</sup> Luna, Álvaro, comentando la STS del 29.11.2002, señala en este sentido “...*el descuido de cuerpos extraños en el interior de un paciente que ha sido intervenido quirúrgicamente no implica necesariamente* -el subrayado es nuestro- *un error de tratamiento en que intervenga culpa del medico...se debe atender a las particulares circunstancias del caso concreto, como el tipo y tamaño del cuerpo extraño olvidado y las circunstancias en que transcurrió la intervención...*”. Luna, Álvaro, ob. cit, pág. 7.

<sup>56</sup> Según Couture, “*Por tal se entiende el conjunto de juicios fundados sobre la operación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio [...] son contingentes, variables con relación al tiempo y al espacio*” Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, tomo II, Págs. 193 y 194.

<sup>57</sup> Alesandri R., Arturo, *La responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, pág. 292.

En los casos en que la doctrina en estudio sea aplicada, el resultado será que la víctima no necesita probar la culpa del autor del daño. Bastará con acreditar el hecho ilícito, el daño, y principalmente el carácter desproporcionado de este último y la relación de causalidad entre estos supuestos de responsabilidad aquiliana.

Es decir, si se trata de un accidente provocado por un choque de trenes, o por el hecho de caer un ascensor, la víctima deberá probar únicamente el daño sufrido a consecuencia de ese choque o de la caída del ascensor.

Acreditado carácter desproporcionado del daño, se presumirá la culpa del demandado y será dicho sujeto sobre el cual recaerá la carga procesal de probar su irresponsabilidad, demostrando que el hecho acaeció sin culpa suya, por un caso fortuito, por culpa de la víctima, por faltar relación de causalidad, etc. A falta de esta prueba, el juez debe condenarlo a la reparación del daño causado.

El efecto que se produce entonces, como anticipamos en otro título, consiste en una inversión *parcial* de la carga de la prueba, en cuanto la víctima no debería probar necesariamente la culpa del agente dañoso. Sin embargo, deberá probar los demás requisitos de la responsabilidad por daños. Como ha dicho la jurisprudencia comparada en un caso de responsabilidad médica: *corresponde a los médicos y centro sanitario implicados [...] la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de la experiencia*<sup>58</sup>. Es decir, el resultado de aplicación de esta doctrina, será el *de invertir la carga de la prueba que por norma y al no haber la objetivación de culpa, aquí corre a cargo del que alega, probar la culpabilidad del médico*<sup>59</sup>.

Otra sentencia de interés, que ilustra los efectos de la aplicación de la doctrina de los daños desproporcionados cuando no existe prueba en contrario por parte del demandado, es la de fecha 18 de diciembre de 2002 del Tribunal Supremo Español, en el caso de una extirpación de carcinoma de mama, en que el resultado, del todo desproporcionado, fue el estado vegetativo de la paciente. Los jueces, en este caso, aplicando la doctrina de los daños desproporcionados argumentando que *“resulta la*

---

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 2 de diciembre de 1997.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 14 de mayo de 2001

*efectividad de un daño desproporcionado entre la intervención médica y el resultado final, sin que como era preciso, se hubieran ofrecido explicaciones por la entidad sanitaria”.*

Es interesante también, la argumentación de los jueces en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 27 de marzo de 2004 en cuanto, junto con reconocer que las obligaciones de los médicos son normalmente de medios y no de resultado, señalan que *“cabe que, incluso en ellas, un resultado dañoso o anómalo o desproporcionado haga presumir la culpa”.*

Otra sentencia que resume los efectos de la teoría en estudio, es la sentencia de fecha 31 de enero de 2003 del Tribunal Supremo Español, en cuanto señala que *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla del “res ipsa loquitur” de la doctrina anglosajona, a la regla del “anscheinsbeweis” de la doctrina alemana y la regla de la “faute virtuelle” (culpa virtual) francesa, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe lo contrario”.* Queda siempre abierta la posibilidad del demandado, que el daño desproporcionado no se produjo mediando su culpa.

#### **4.- ¿Existe sustento legal en Chile para la teoría de los daños desproporcionados?**

En nuestra opinión, postulamos que la doctrina de los daños desproporcionados, culpa virtual o la regla del res ipsa loquitur, si tiene una base legal en nuestro país. La base legal sería la norma contenida en el Art. 2329 del Código Civil, que contempla la denominada *“presunción de culpa por el hecho propio”.*

En efecto, la norma citada dispone en su primer inciso que *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.* Posteriormente el artículo, indica algunas conductas de manera especial.

La más importante doctrina<sup>60</sup> interpreta ese artículo de manera amplia, en cuanto las hipótesis contenidas en el inciso 2 de la norma son sólo ejemplos<sup>61</sup> o casos en que no hay

---

<sup>60</sup> Alessandri R., Arturo ob. cit., pág. 298; Barros, Ob. cit., pág. 147 y ss.

<sup>61</sup> En realidad, basta atenerse al empleo de la expresión *especialmente* que utilizó el legislador.

duda de que debe aplicarse la presunción, dejando atrás la interpretación que entendía que sólo habría presunción de culpa en los casos expresamente indicados por la norma.

Ya en el año 1943 ALESSANDRI comentando esta norma postuló que ella “*establece una presunción de culpabilidad por el hecho propio cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente*”<sup>62</sup>: Como hemos indicado, se trata de hechos o daños de los cuales se intuye la culpa, según las máximas de la experiencia: Es decir, casos en que el daño lleva en si mismo un sello de culpa.

Conforme a la tesis de ALESSANDRI, la norma contenida en el art. 2329 configuraría una regla general y amplia de presunción de culpa. Así las cosas, según el autor, el legislador en esta norma no da por establecido de antemano que el daño provenga de dolo o culpa, ni por el contrario, obliga a repararlo sólo en el caso de probarse uno u otra. Partiendo de la base de que hay daños que *pueden* provenir de malicia o negligencia de una persona, el legislador dice que cuando el daño sea de aquellos que *puedan* tener ese origen, cuando *pueda* imputarse a esa causa *cuando es racional suponer* que ha podido o debido derivar del dolo o de la culpa del agente, éste debe repararlo, con lo cual da a entender que mientras no se establezca lo contrario, pesa sobre él la obligación indemnizatoria.

El mismo autor, al argumentar sobre la existencia de una regla general de presunción de culpa contenida en el mencionado artículo, comenta los ejemplos que enuncia la norma, precisando que “*quien sufre un accidente a consecuencia de esas circunstancias, no necesita probar la culpa del autor del daño; le bastará acreditar que éste removió las losas de una acequia o cañería en la forma que indica el N° 2 del art. 2329 o que el acueducto o puente en donde aquel se produjo estaba en mal estado y que era obligación de demandado conservar o reparar dicho puente o acueducto, para que se presuma la culpabilidad de éste, porque se trata de un daño que, por la naturaleza del hecho que lo causó, por las circunstancias en que se realizó, es de aquellos que pueden imputarse a negligencia.*”<sup>63</sup>

En la misma línea argumental que hemos indicado en el título anterior, en cuanto a

---

<sup>62</sup> Alessandri, ob. cit, pág. 292.

<sup>63</sup> Alessandri, Arturo, ob. cit, pág 294.

los casos en que debería aplicarse la doctrina en estudio, el profesor ALESSANDRI<sup>64</sup> comentando el art. 2329 señala que la presunción de culpabilidad contenida en esa norma, sólo procedería cuando el hecho que causó el daño, por su propia *naturaleza* o por las *circunstancias* en que se realizó, es susceptible de imputarse a malicia o negligencia del agente, agregando que “*Hay hechos que por sí mismos denotan la culpabilidad de su autor, porque provienen ordinariamente de malicia o negligencia. Dentro de las probabilidades humanas, es razonable atribuirlos a dolo o culpa. Su sola realización induce a pensar que no han podido verificarse sin el o ella.*” El autor citado señala como ejemplos: El hecho de caerse un ascensor, un choque de trenes, incendios producidos a un predio contiguo a la línea por donde transita un ferrocarril.

El mencionado civilista, señala que, en cambio, si por la *naturaleza* o por las *circunstancias* en que se realizó, el hecho no es de aquellos que permitan atribuirlo a dolo o culpa del agente, si su realización no hace presumir por sí sola la culpabilidad de alguien, porque ha podido tener otras causas, la presunción no rige y recobra su imperio el derecho común: la víctima deberá probar el dolo o culpa de aquel.

El profesor Enrique Barros, es de similar opinión respecto de la norma en comento, indicando al efecto que: “... *Se atribuye responsabilidad a otro cuando la experiencia indica que el daño provocado en tales circunstancias se debe usualmente a culpa o dolo de quien lo causa. Es lo que en el derecho anglosajón se conoce con la expresión latina res ipsa loquitur*”<sup>65</sup>.

Conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores, en nuestra opinión, aparece claro que dicha norma sirve de sustento para la doctrina de los daños desproporcionados en nuestro medio. Es decir, si se producen daños que, como señala ALESSANDRI, por su *naturaleza* y por las *circunstancias* en las que se provocaron, pueden calificarse como desproporcionados, conforme al criterio de *entidad* del daño y el criterio *comparativo*, debe aplicarse la doctrina de los daños desproporcionados, con base legal en el art. 2329 del Título XXXV del Libro IV del Código de Bello.

En conclusión, podemos decir con toda seguridad que la doctrina de los daños desproporcionados, culpa virtual o al regla del *res ipsa loquitur*, si tienen recepción legal en

---

<sup>64</sup> Alesandri, Arturo, ob. cit., pág. 296.

<sup>65</sup> Barros, Enrique, Ob. cit., pág 150.

nuestro medio. No niega valor a lo anterior el hecho de que la doctrina y especialmente la jurisprudencia, señalen que en este caso hay “*presunción de culpa por el hecho propio*” y no aludan directamente a las teorías indicadas, pero claramente se refieren a lo mismo -*las cosas son lo que son y no como las denominamos*-, en cuanto la aplicación, sea de la teoría en estudio, como del artículo 2329, conducen a similar resultado: Presumir culpa del agente del daño.

## CAPÍTULO V.

### *TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS*

#### **1.- Concepto.**

La teoría de las cargas probatorias dinámicas puede definirse como “*Aquella en virtud de la cual, en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que reparten los esfuerzos probatorios, debe alterarse el onus probandi, recayendo la carga de probar en manos de aquel que está en mejores condiciones técnicas, profesionales o prácticas para producirlas, sin que interese su emplazamiento como actora o como demandada*”.<sup>66</sup>

La doctrina en estudio postula que debe atenderse a las circunstancias del juicio para determinar si en el caso particular debe desplazarse la carga de la prueba hacia una u otra de las partes, en miras a servir mejor a la justicia, cuando en determinados casos la distribución de la carga que fija la ley arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.

El elemento central de esta teoría, radica en que la carga de probar recae en el litigante que se encuentre en *mejores condiciones* para rendirla, basándose en *un principio de facilidad* de la prueba.

Es importante destacar que según los postulados de esta doctrina, el desplazamiento

---

<sup>66</sup> Concepto elaborado teniendo en cuenta la descripción que da Peyrano y Chiappini en Peyrano en *Lineamientos...* ob cit, en *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.), pág. 13 y ss.

del onus probandi hacia aquella parte que esta en mejores condiciones de probar debe aplicarse de manera excepcional, cuando claramente existe dificultad para rendir prueba conforme a las reglas estáticas tradicionales, es decir, cuando se amaga el derecho a defensa.

## **2.- Diferencias y relaciones con la doctrina de los daños desproporcionados.**

La diferencia respecto de la doctrina de los daños desproporcionados, estriba en que, en el caso de la teoría de cargas dinámicas, la carga de probar podrá recaer en el demandado por la sola razón estar en mejor situación para producir la prueba respecto del actor en difícil posición en relación a la prueba, sin tomar en cuenta si el daño es extraordinario o anormal. En cambio, en el caso de la teoría de los daños desproporcionados, culpa virtual o *res ipsa loquitur*, para que el demandante se libere de la prueba de la culpa, es necesario que el resultado producido por el demandante sea desproporcionado es decir, debe llevar consigo un germen de culpa.

Sin embargo, ambas teorías se relacionan en cuanto a su fundamento y finalidad. En efecto, tanto la teoría de las cargas probatorias dinámicas como la doctrina de los daños desproporcionados, pretenden solucionar o aminorar el problema enunciado en las primeras páginas, referido a la dificultad probatoria de una de las partes. Ambas concepciones son modernas orientaciones procesales que pretenden solucionar el problema de la *prueba diabólica* en que se puede encontrar el demandante.

La doctrina de los daños desproporcionados, según se explicó en el capítulo anterior, busca solucionar el problema probatorio de la víctima, presumiendo la culpa del demandado cuando el perjuicio provocado puede calificarse como desproporcionado. La teoría de las cargas probatorias dinámicas, intenta solucionar este problema pero desde un punto de vista más general, en cuanto se basa en principio de quién se encuentra en *mejor situación* –principios de disponibilidad y facilidad probatoria-, para determinar que parte debe probar en cada caso particular. Como consecuencia de esto último, la teoría en estudio, si bien tiene explícito reconocimiento doctrinal y jurisprudencial en materia de daños, puede aplicarse ante cualquier asunto sometido a conocimiento de los tribunales.

## **3.- Fundamento y crítica que señala la teoría.**

La teoría en estudio critica fuertemente las reglas distribuidoras de la carga de la prueba cuando son de carácter estáticas, como la norma general de nuestro ordenamiento contenida en el art. 1698 del Código Civil.

En efecto, PEYRANO señala en relación a las reglas probatorias estáticas, que *“Adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios “fijaron” (y aquí este verbo debe ser entendido de un modo literal) las reglas de esta carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos –además- para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución”*<sup>67</sup>.

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, una vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia Argentina notaron que las bases probatorias estáticas resultaban insuficientes e injustas, comenzaron a crear reglas sobre la carga de la prueba que incluso salían del encuadre que el legislador había realizado. De esta manera, a pesar de que el Artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), contuviera reglas estáticas sobre distribución de carga de la prueba, no fue obstáculo para que la jurisprudencia del país vecino distribuyera la carga probatoria de manera dinámica, siempre basada en un anhelo de justicia de cada caso en particular.<sup>68</sup> En ese sentido, PEYRANO señala, en relación al jurisprudencia Argentina: *“Nuestros jueces, -y enhorabuena que así ocurra- se muestran cada vez más inclinados por ponderar adecuadamente las circunstancias del caso a pesar de que ninguna disposición legal les prescribe expresamente tal tarea”*<sup>69</sup>.

GIUSTI<sup>70</sup>, criticando las normas probatorias tradicionales en materia de responsabilidad civil médica señala sobre este punto que *“Sin embargo, la propia práctica*

---

<sup>67</sup> Peyrano, Jorge, *Lineamientos...* ob.cit., pág.15.

<sup>68</sup> El Art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) prescribe: *“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.”*

<sup>69</sup> Peyrano, Jorge et al, *Lineamientos...*, ob.cit. pág 17.

<sup>70</sup> Giusti, Marcela, *La importancia de la historia clínica en los procesos sobre Responsabilidad Médica*, en *Revista Diagnóstico*. Fundación Instituto Hipólito Unanue. Vol. 43, N° 5. Lima, octubre-diciembre de 2004.P. 1.

*de los Tribunales ha ido evidenciando que colocar la carga de la prueba en cabeza del paciente demandante significa, de un lado, un serio obstáculo para obtener una adecuada reparación y, de otro, proveer de inmunidad a médicos negligentes. La razón estriba en que la probanza de cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, en particular aquellos referidos a la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el daño sufrido y la negligencia del médico, entraña suma dificultad para el paciente-demandante, si se tiene en cuenta que son el médico y el establecimiento de salud, quienes conservan toda la documentación relacionada con el acto médico; el paciente que demanda es un lego en la materia del proceso y; la mayor parte de los actos médicos que derivan en una demanda de mala praxis médica son intervenciones quirúrgicas que ocurren cuando el paciente se encuentra inconsciente y los únicos que saben a ciencia cierta lo sucedido, son los potenciales responsables del daño...”*

Si bien los autores consideran necesario que exista una regla distribuidora de la prueba de carácter general, consideran que no resulta indispensable actualmente que ésta tenga un carácter apriorístico, estático, como si se tratara de un director teatral que vaya señalando a cada personaje su misión en la prueba.<sup>71</sup>

Los creadores de la doctrina en estudio, basados en las dificultades que se producen en la práctica jurisprudencial, concluyen que en materia de Daños de nada sirve una construcción jurídica que reconoce a la víctima de una de relación un derecho a la indemnización, si a la hora de regular el tema de la carga probatoria, coloca a una de las partes, normalmente la parte débil, en una situación de imposibilidad probatoria: en una *prueba diabólica*.

En virtud de estas circunstancias problemáticas para la víctima dentro del proceso de Daños, conforme al principio general del derecho denominado *pro damnato*, en cumplimiento del *principio de reparación integral del daño*, y en virtud de los principios formativos del procedimiento, se considera necesario establecer nuevas orientaciones en materia de la carga de la prueba, hacia una distribución dinámica de ésta. En esa línea, según el autor argentino Juan Carlos Alegre “*Fruto de estos cambios -refiriéndose a los problemas probatorios que se producen actualmente- son las diversas elaboraciones que la doctrina y la jurisprudencia han realizado en torno a facilitar la pesada carga de la*

---

<sup>71</sup> Alegre, Juan Carlos, ob. cit. Pág. 444.

*prueba de la culpa en algunos supuestos de responsabilidad subjetiva*”.<sup>72</sup>

En relación a las reglas que señalan estática y anticipadamente qué parte debe soportar la carga de la prueba, el autor citado en el párrafo anterior señala que *“Estas reglas de distribución de las cargas probatorias han sufrido un golpe de timón sensible con el advenimiento de las cargas probatorias dinámicas. Según esta doctrina se considera regla de distribución de la carga de la prueba colocarla en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, es decir que estas reglas asumen un carácter dinámico, en cuanto no se atan a preceptos rígido sino que, más bien, dependen de las circunstancias del caso concreto.”*<sup>73</sup>

#### **4.- ¿En que hipótesis debe aplicarse la doctrina en estudio?**

Conforme a los autores que elaboraron la teoría en estudio, debe recurrirse a esta doctrina sólo cuando la aplicación de las normas legales sobre distribución de la prueba arroja consecuencias *manifiestamente disvaliosas, claramente inconvenientes e inicuas*, cuando en el caso particular *no funcionan adecuadamente las reglas legales* que rigen estáticamente la carga de la prueba, por conllevar a consecuencias injustas. Una vez que se aplica esta teoría, el efecto consiste en un desplazamiento de la carga probatoria, recayendo ésta sobre quien está en *mejores condiciones* profesionales, técnicas o fácticas para rendir la prueba de caso.

El principal creador de esta teoría, señala que aquella debe aplicarse 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”*<sup>74</sup>. De este modo, la aplicación de la teoría en estudio, es de manera excepcional, lo que no debe perderse nunca de vista.

La Jurisprudencia Argentina en materia de Daños<sup>75</sup> ha señalado, respecto del carácter excepcional de esta teoría, que *“Cuando la responsabilidad se funda en la culpa, ésta debe ser probada por el actor –en principio-, sin perjuicio de la incidencia de las*

---

<sup>72</sup> Alegre, Juan Carlos, ob. cit. Pág. 446.

<sup>73</sup> Alegre, Juan Carlos, ob.cit. pág. 449

<sup>74</sup> Peyrano, Jorge, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en Jorge, Peyrano et al, *Cargas probatorias dinámicas*, págs. 19 y 20.

<sup>75</sup> Sentencia de la CNfed.Civil y Comercial, sala II, en el caso *Grandes Pinturerías del Centro S.A c/ Transportes San Jorge SRL* (1994).

*presunciones judiciales y del concepto de cargas probatorias dinámicas que la hace recaer en quien se halle en mejor situación de probar”.*

## **5.- Hacia una posible aplicación actual de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en Chile.**

No obstante que la doctrina postula la inclusión de la teoría en estudio en los textos legales, debido a que *“guste o no, lo cierto es que el aval legislativo expreso de una institución es importante y crucial a la hora de decidir los jueces respecto de la posibilidad de aplicar tal o cual figura “novedosa””*<sup>76</sup>, y al no existir actualmente norma legal que recoja la teoría en estudio, somos de la idea de que ésta podría aplicarse de acuerdo a lo siguiente:

En materia procesal, existen los denominados *Principios formativos del procedimiento*, los cuales son elementos del debido proceso, y se deben utilizar además para auxiliar de la interpretación de las normas jurídicas. Uno de los principales principio procesales, es el denominado *principio de igualdad de partes*. Ya en materia probatoria, existe el *principio de la facilidad probatoria*, el *principio de la normalidad*, y recibe también aplicación el *principio general de que nadie esta obligado a lo imposible*.

En virtud de lo anterior, creemos que existen –al menos teóricamente- desvías para aplicar actualmente la teorías de las cargas probatorias dinámicas en nuestro país, las cuales pasamos a exponer.

### **5.1.- Por medio de una interpretación armónica del Art. 1998 y los principios procesales que rigen la prueba.**

Si bien hemos señalado que cuando no existe estatuto probatorio especial debe aplicarse la norma general y estática que consagra el Art. 1698 del Código Civil, en atención a los principios procesales anotados este artículo puede interpretarse de manera que en ciertos casos de dificultad probatoria, la solución sea más justa. De esa manera, y aplicando el *principio de facilidad probatoria*, o aquel que señala que *nadie esta obligado a*

---

<sup>76</sup> Peyrano, Jorge, *Nuevos Lineamientos...* ob. cit, pág 22.

*lo imposible*, podría alterarse en *onus probandi*, alejándose la carga de probar respecto de la víctima y recayendo ésta sobre el demandado. Es decir, se produciría una distribución dinámica de la prueba con fundamento en los principios señalados.

En esta línea argumental, se ha señalado por alguna doctrina<sup>77</sup> que *“No alcanza, en estos supuestos, con encontrar una regla escrita que mas o menos cómodamente justifique el argumento de una sentencia, sino que es imprescindible recurrir a las vigas maestras que sostienen el andamiaje jurídico de la Nación y, una vez reconocidas, aplicarlas al caso particular”*.

Una línea parecida ha seguido la Corte Suprema en un fallo que en nuestra opinión es destacable en esta materia, en cuanto da una interpretación del Art.1698 que a todas luces parece más justa. En efecto, en la sentencia de fecha 5 de Abril de 2010, en los autos caratulados *“Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Boite Nubia”*, Rol N° 5257-2008 sobre indemnización de perjuicios por infracción a la Ley de Propiedad Intelectual, la Corte conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por la Sociedad demandante, acogió éste por considerar que la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción infringió la norma de *onus probandi* de Art. 1698. En efecto, la sentencia de la Corte de apelaciones, confirmando lo resuelto por el tribunal de primera instancia, desestimó la demanda sobre la base que la prueba rendida por la demandante *“resulta insuficiente para establecer la identidad exacta de las obras musicales que allí se ejecutan y la debida correspondencia con las que componen el repertorio que representa la demandante, la norma del Art.1698*. La sociedad recurrente, señala que se vulnera el Art. 1698, en cuanto existen dos principios que regulan la materia del *onus probandi*, que no se respetaron al fallar en su contra. El primer principio que señalan vulnerado es aquel en virtud del cual es que *le corresponderá probar a quien sostiene una proposición contraria o incompatible con el estado normal u ordinario de las cosas*. El segundo, de especial relevancia para el tema que tratamos, consiste en que *está eximido de probar el que, por la naturaleza de la proposición, le es imposible hacerlo*. En relación a este ultimo principio, la Sociedad recurrente argumentaba que la Corte de Apelaciones pretendía implícitamente que la actora acreditara la identidad exacta de las obras musicales ejecutada en la "boite" que explota la demandada y la correspondencia con las que componen el repertorio que ampara la SCD.

---

<sup>77</sup> Balestro Myriam. Ob. cit., pág 329.

Aducía que tal exigencia probatoria no es posible de satisfacer, en cambio, la situación contraria, esto es, la autorización del autor o que la música difundida es parte del acervo cultural común, sí era un hecho posible de ser acreditado por la demandada. La Corte Suprema sobre este punto sentenció: *“Que también se transgrede el artículo 1698 del Código Civil desde que la sentencia recurrida pretende que sea la demandante quien debe demostrar que en el mencionado establecimiento de entretención, siempre y en todo momento, al menos desde el mes de octubre de 1995, se interpretan obras del repertorio de la SCD, pues tal proposición fáctica es, como se advierte, imposible de acreditar y, consecuentemente, recaerá en quien sostiene la proposición contraria. En la especie, la demandada tenía la carga procesal de acreditar que las obras que se difunden en su establecimiento son ajenas a las que conforman el repertorio de la SCD, hecho susceptible de prueba pues se reduce a probar que la música utilizada es de libre disposición por pertenecer al acervo cultural común”*. Agregando luego *“Que así las cosas, resultando inalterable en el contexto de la presente impugnación la circunstancia de no encontrarse probada la situación excepcional que en el establecimiento comercial de la recurrente se propagan obras musicales diversas a las contenidas en el repertorio de la SCD, debe concluirse que los jueces del fondo al desestimar la acción indemnizatoria incurrieron en el error de derecho anotado, desatendiendo la normativa legal aplicable al asunto controvertido”*.

En la sentencia citada en el párrafo anterior, claramente se percibe que los jueces de la Corte Suprema buscaron morigerar los efectos perjudiciales que por un tema de carga probatoria había sufrido la víctima del daño. En efecto, la Corte de Apelaciones, había aplicado de manera literal y exegética el Art.1698, al fallar contra la Sociedad demandante por no haber probado todos los supuestos de la Responsabilidad y de manera exacta ,por difícil que esto era en el caso particular. La Corte Suprema en cambio, realiza una interpretación no literal, si no que conforme a los principios procesales que rigen la materia probatoria, al señalar que en ese caso, a pesar de la letra del Art. 1698, correspondía probar al demandado en cuanto contaba con una mayor *disponibilidad, posibilidad y facilidad probatoria*, trasladando de esa manera la carga probatoria y los efectos perjudiciales de la ausencia de prueba al demandado.

Somos de la idea de que en casos en que existe dificultad probatoria para aquella parte que en principio debería probar, y encontrándose la contraparte en mejores condiciones para rendir prueba –como ocurría en el caso citado-, debe realizarse una interpretación del artículo varias veces citado conforme a los principios procesales que regulan la materia, como lo hizo la Corte Suprema en el caso citado.

De esta forma la teoría en estudio, basada principalmente en el principio de facilidad y disponibilidad probatoria, en cuanto debe probar el sujeto que se encuentre en mejor condición, puede recibir aplicación, como ocurrió el caso comentado, mediante una adecuada interpretación del Art. 1698.

## **5.2 Aplicación de la teoría mediante la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 1698 por infracción a los principios del debido proceso.**

En nuestra opinión, teóricamente esta doctrina podría tener aplicación por medio de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art.1698 para el caso particular, con fundamento en la infracción de los principios que forman el debido proceso.

Bien sabemos que los tres pilares del Derecho Procesal consisten en la *acción*<sup>78</sup>, el *proceso*, y la *jurisdicción*, cuyo tratamiento exhaustivo escapan de los fines de este trabajo.

En relación al proceso, instituto del cual la prueba forma parte, se señala que encuentra consagración constitucional en el Art. 19 N° 3 inciso 5°, al prescribir que “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado*”, agregando, en cuanto a las características de éste proceso, que “*corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”, que incorpora la figura del *proceso racional o justo*, conocido en generalmente como el *debido proceso*.

El debido proceso puede definirse como “*La garantía suprema del derecho procesal, consistente en la aplicación práctica de todas las garantías procesales de defensa*”

---

<sup>78</sup> En cuanto a la acción, se señala que su fundamento se encuentra en Derecho de Petición<sup>78</sup>, consagrado en el Art. 19 N° 15 de la Constitución Política de la República.

*en juicio, estén o no reconocidas legalmente, y que tiene como objetivo la promoción y respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*".<sup>79</sup>

La doctrina<sup>80</sup> ha señalado, que si bien la eficacia y eficiencia de esta propuesta constitucional requiere de normas de procedimiento y de organización que no se erijan en impedimentos para alcanzar los fines que animan el instituto del debido proceso, no es menos cierto que también se requieren destrezas forenses y pretorianas orientadas en ese mismo sentido. Es decir, se requiere también, en el mejor sentido de la frase, "*una costumbre judicial que venza a los códigos*".

En relación a la carga probatoria, se ha dicho que se viola la garantía del debido proceso cuando no se otorga a los interesados una *oportunidad adecuada de probar*<sup>81</sup>. Se ha señalado incluso, que la derecho a la prueba es la "*espin dorsal del proceso judicial y justo*"<sup>82</sup>. COLOMBO, comentando el principio del derecho a la prueba como presupuesto del debido proceso, señala que "*Todo procedimiento, para que sea debido, debe necesariamente otorgar a los sujetos involucrados el derecho a probar los hechos fundantes de sus pretensiones y contrapretensiones y al tribunal, le corresponde valorarla*"<sup>83</sup>.

En vista de la norma constitucional citada, cabe preguntarse qué ocurre cuando la ley, específicamente en materia probatoria, no satisface los requerimientos de justicia que se espera la sociedad respecto del Derecho, es decir, casos en que la carga probatoria absoluta a espaldas del demandante víctima de un hecho ilícito, aparece como injusta y desequilibrada en ciertos casos, vulnerando en la práctica en derecho a la prueba, y el principio de igualdad entre las partes, ambos presupuestos del debido proceso.

Ya hemos anticipado que en nuestro medio, por esa obsesiva práctica jurisprudencial de apego absoluto al texto legal, han aplicado exegéticamente los textos legales que se refieren a las normas que distribuyen la carga de la prueba, principalmente la norma general del Art. 1698 del Código Civil, con indiferencia del resultado en términos de justicia. Nuestra idea no es negarle el valor que ha tenido en el ámbito probatorio, sino

---

<sup>79</sup> Romero, Alejandro, ob. cit., pág. 23.

<sup>80</sup> Balestro, Miryam, ob. cit., pág. 324.

<sup>81</sup> Corte Suprema Argentina, en el caso "*Amigo, Roberto c/ Asistencia Médica Social Argentina S.A y otros*", de fecha 17 de Noviembre de 1994.

<sup>82</sup> Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, Temis, Bogotá, pág. 20 y ss. y 105.

<sup>83</sup> Colombo, Juan, *El debido proceso constitucional*, pág. 105.

simplemente argumentar que es insuficiente para resolver todos los casos que se promueven en los tribunales.

Nuestro ordenamiento interno, no consagra explícitamente una enumeración de los elementos del debido proceso. Sin embargo, hemos anticipado que uno de los principios formativos del procedimiento que integran el debido proceso, es el denominado *principio de igualdad de partes* en materia procesal, y el principio de derecho a la prueba. Ya en el año 1963 ROSS señalaba, respecto del principio de igualdad procesal, que el Derecho “*adoptando la idea de que todos los problemas jurídicos son problemas de distribución, el postulado de justicia equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas o cargas. La justicia es la igualdad...*”<sup>84</sup>.

En opinión de ROMERO<sup>85</sup>, el principio de igualdad procesal “*consiste en conceder a todas las parte de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de aquellas. Así entendido, el principio no es sino consecuencia de aquel otro más general, enunciado en todas las constituciones, de la igualdad ante la ley*”, añadiendo luego que en nuestro país “*el constituyente ha ido más lejos, en cuanto el principio de igualdad de partes entronca con uno más específico, cual es el de igual protección en el ejercicio de los derechos*”.

Conforme a la opinión de ROMERO, con el objeto de velar por el respeto de este principio, debe verificarse “*en que medidas las leyes procesales garantizan este derecho a la igualdad y, por otra, como en la práctica se realiza esta igualdad*”. En suma, con este principio de busca que las partes tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa.

Se vulnera este principio formativo del debido proceso, cuando la letra de la ley otorga cargas excesivas a una de las partes, o cuando en su aplicación practica aparece que se rompe el equilibrio que debe haber en la repartición de derechos , posibilidades y cargas.

De esta manera, cuando en el caso particular aparece de manifiesto que la aplicación literal del Art. 1698 conlleva a que la victima demandante deba probar todos y cada uno de los supuestos de la responsabilidad, de manera exacta, con la presumible imposibilidad de lograr esta prueba, se rompe tanto *igualdad de partes* como un adecuado *derecho a prueba*,

---

<sup>84</sup> Ross Alf, *sobre el derecho y la justicia*,.pág 262, cit. por Romero, Alejandro, ob. cit , pág 33.

<sup>85</sup> Romero, Alejandro, ob. cit., pág 36 y ss.

en cuanto se produce un equilibrio excesivo en las cargas que deben soportar los litigantes y consecuentemente se amaga la garantía constitucional del debido proceso.

El destacado procesalista CASARINO<sup>86</sup>, señalaba al comentar la norma constitucional que reconoce el justo y racional procedimiento: *“Y la obligación que pesa sobre el legislador, en el sentido de que a él siempre le corresponde establecer las garantías de un racional y justo procedimiento significa que los litigantes deben tener a su disposición y en todos los casos el llamado en doctrina un “debido proceso”; cuyas características, en síntesis, consisten en que ambas partes contendientes deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos, como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos”, y remataba diciendo que “Un procedimiento judicial desprovisto de estas características o cualidades propias del debido proceso sería manifiestamente inconstitucional y, por lo tanto, debe ser preocupación preferente y constante del legislador evitar que ello ocurra”*

De esta manera, y conforme a lo estipulado en el Art. 93 N° 6 de la Constitución Política de la República<sup>87</sup>, queda abierta la eventual declaración de inaplicabilidad pro inconstitucionalidad de la regla probatoria en el Art. 1698, por amagar eventualmente en el caso particular, la garantía del debido proceso o justo y racional procedimiento, consagrado en el Art. 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental.

De esta manera, una vez declarado inaplicable, y no existiendo otra norma general en materia de prueba, debería recurrirse a los principios que rigen la materia, como el ya mencionado *principio de facilidad* probatoria, y aquel que ante una eventual *imposibilidad* de probar, la carga debe recaer en aquel que se encuentre en *mejores condiciones* para rendir la prueba, aplicando de esta manera los fundamentos de la doctrina en estudio.

Sin embargo, somos concientes de que una acción de inaplicabilidad por inconstitucional del Art. 1698, si bien teóricamente plausible, conlleva engorrosos tramites, por lo cual abogamos por una solución más simple mientras no exista norma legal que sustente expresamente la doctrina en estudio, cual es la señalada en el título anterior, referida a una interpretación conforme a los principios que rigen la materia probatoria.

---

<sup>86</sup> Casarino, Mario, *Medio siglo al servicio del Derecho Procesal*, pág 92.

<sup>87</sup> El Art. 93 N° 6 señala como atribución del Tribunal Constitucional: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*

## **6.- Cargas probatorias dinámicas en el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil.**

Hemos tenido noticia de que el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, sometido a aprobación del congreso por medio del Mensaje N° 398-357 de la Presidenta de la Republica Doña Michelle Bachelet J, de Mayo de 2009, contiene expresa mención respecto a las cargas probatorias dinámicas.

En Efecto, el Art. 265 contenido en el Párrafo 2° del Capítulo 5° ,el cual forma parte del Titulo I del Libro Segundo, relativo a las “*Disposiciones generales acerca de la prueba*”, señala lo siguiente:

*“Art. 265. 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 especiales diferentes 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 la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder.”*

La norma transcrita recoge claramente la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, señalando que, conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria – principales vigas de la teoría en estudio- podrá distribuirse la carga de la prueba, haciendo excepción o complementando la regla estática contenida en el primer inciso del citado artículo.

Nos parece un gran avance la norma incorporada por los elaboradores del proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, lo cual nos confirma que las críticas a la posición probatoria en que se encuentran los demandantes –especialmente en materia de Daños- son fundadas , y que la teoría de las cargas probatorias dinámicas tendrá pronta recepción legal en nuestro país.

## CONCLUSIÓN

Concluimos el trabajo señalando que, quedando claro la dificultad probatoria en que se puede encontrar la víctima del hecho ilícito en algunas en algunos casos, resulta imperioso que las ideas estudiadas en el trabajo reciban aplicación práctica por parte de los tribunales de justicia, guiándose siempre por la confianza que la sociedad ha depositado en ellos como precursores de la justicia.

El derecho está al servicio de la humanidad, y no ésta al servicio de aquel. Como señalamos en varias oportunidades en el trabajo, debe existir una actitud innovadora por parte de los tribunales, en aras de lograr una solución más justa, aunque para esta tarea se requiera una delicada labor interpretativa que amague la letra misma de la ley cuando escapa de los principios del ordenamiento jurídico.

Creemos que esta tesina ha logrado argumentar eficazmente en contra de los sistemas rígidos en materia probatoria que en la práctica puede causar indefensión a la víctima del daño extracontractual. A su vez, somos de la idea de que las razones y argumentos que se dieron para aplicar las teorías explicadas en los últimos capítulos, son del todo plausible, aunque en nuestro país puedan parecer descabelladas para un jurista tradicional y exegético. Sin embargo, no debemos perder nunca de vista que, como ha señalado un autor *“Tenemos todo el derecho que necesitamos, tal vez en demasía; sólo es preciso hacerlo cumplir sin olvidar que la ley fue hecha para el hombre y no el hombre para la ley. Y este cometido debe realizarse con el agregado de la ineludible transformación que requieren tiempos y necesidades diferentes”*<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Lépori, Inés, *Prologo de Cargas probatorias dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.), pág 9.

## BIBLIOGRAFÍA.

### Libros:

1. Alegre, Juan Carlos (2004): *Las cargas probatorias dinámicas en el Derecho de Daño*”, en *Cargas Probatorias Dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.), Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, pp. 441-454.
2. Alesandri R, Arturo (1943): *La responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago.
3. Alsina, Hugo (1956): *Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo III, Ediar S.A Editora, Buenos Aires.
4. Balestro, Miryam 2004): *La dinámica de las cargas probatorias*, en *Cargas Probatorias Dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.) Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp-. 321-365.
5. Barros, Enrique (2009) *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
6. Carnelutti, Francesco (1982): *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires.
7. Casarino, Mario (1984): *Manual de derecho procesal civil*, tomo IV, Editorial jurídica de Chile, Santiago.
8. Casarino, Mario (1993): *Medio siglo al servicio del Derecho Procesal*, Edeval, Valparaíso.
9. Colombo, Juan (2006): *El debido proceso constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Ed. LOM, Chile.
10. Couture, Eduardo (1998): *Estudios de derecho procesal civil*, Tercera Edición, Tomo II, Depalma, Buenos Aires.
11. Couture, Eduardo (2007): *Fundamentos del Derecho procesal civil*”, Cuarta Edición, Editorial B de F, Buenos Aires.
12. De Cupis, Adriano (1975): *El Daño*, Bosch, Barcelona.
13. De Santo, Victor (1994): *La prueba judicial*, Editorial Universidad, Buenos Aires.
14. Díaz-Regañon, Calixto (2006): *Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada.

15. Díez-Picazo, Luís (2001): *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual*”, en De Ángel, Ricardo y Izquierdo, Mariano, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Dykinson, Madrid
16. Galán, Julio Cesar (2007): *Responsabilidad civil médica*”, edit. Aranzadi, Navarra.
17. Guasp, Jaime (1977): *Derecho procesal civil*, Tomo I, Madrid
18. Hoyos, Arturo (2004): *El debido proceso*, Ed. Temis, Bogotá.
19. Lépori, Inés (2004): *Cargas probatorias dinámicas*, en *Cargas Probatorias Dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.) Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, pp. 35-73.
20. Meza, Ramón (1975): *Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones*, tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
21. Montero, Juan (2007): *La prueba en el proceso civil*, Quinta edición, ed. Aranzadi, España.
22. Pescio, Victorio, *Manual de derecho civil*, tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1948
23. Peyrano, Jorge (2004) *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas en Cargas Probatorias Dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.) Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, pp. 19-24.
24. Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio (2004) *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*, en *Cargas Probatorias Dinámicas*, Jorge Peyrano-Inés Lépori (coords.) Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, pp. 13-18
25. Romero, Alejandro (1990): *Nociones generales sobre el debido proceso civil*, Memoria para optar al grado de licenciado en derecho, Universidad de Valparaíso.
26. Ross, Alf (1963): *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Argentina.
27. Tamayo, Javier (2007): *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, Legis, Colombia.
28. Tanzy, Silvia y Alterini, Juan (1999): *La demanda de daños*, Ed. Carpetas de Derecho S.A, Buenos Aires.

**Artículos:**

1. Giusti, Marcela (2004): *La importancia de la historia clínica en los procesos sobre Responsabilidad Médica*, en *Revista Diagnóstico*. Fundación Instituto Hipólito Unanue.Lima, Vol. 43, N° 5, Octubre-Diciembre de 2004, P. 1. Disponible en <http://www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/numeros/2004/oct-dic04/236-238.html>. Fecha última consulta: 30 de Octubre de 2011.
2. Mosset, Jorge (2000): *La prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil en el proyecto de 1998*, en *J.A (Jurisprudencia Argentina)*, 2000-II, pág. 917 y ss.
3. Luna, Alvaro(2003): *Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica*, en *Indret*, Abril de 2003. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/141\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/141_es.pdf). Fecha última consulta: 30 de Octubre de 2011
4. Navarro, Monica (2003): “*Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*” en *Anuario de derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, Vol. 56, N° 3, 2003, pág. 1219 y ss.

#### **Jurisprudencia:**

1. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 9 de Diciembre de 1998.
2. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 29 de Junio de 1999.
3. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 9 de Diciembre de 1999.
4. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha de 14 de mayo de 2001.
5. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 2 de diciembre de 1997.
6. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 5 de enero de 2007.
7. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 14 de mayo de 2001
8. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 24 de noviembre de 2005.
9. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1994): *Amigo, Roberto c/ Asistencia Médica Social Argentina S.A y otros*.
10. Sentencia de la segunda sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (1994): *Grandes Pinturerías del Centro S.A c/ Transportes San Jorge SRL*.
11. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (2008): *Caso Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Boite Nubia*.

12. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (2008): Caso *Mandiola Céspedes, Digna con Herrera Salazar, Miguel Ángel*.
13. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 16 de Octubre 1954.
14. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 29 de Septiembre de 1998
15. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 26 de Septiembre de 2000.

**Textos Normativos:**

1. Código Civil Chileno.
2. Constitución Política de la Republica de Chile.
3. Código de Procedimiento Civil Chileno.
4. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
5. Proyecto del Nuevo Código de Procedimiento Civil Chileno.

