

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL
La regla de juicio frente a la flexibilización de la
carga de la prueba

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

Begoña Isabel Carrillo González

2009

ABREVIATURAS

AA.VV.....	Autores varios
Art.....	Artículo
Cap.....	Capítulo
CC.....	Código Civil
CE.....	Constitución Española
COT.....	Código Orgánico de Tribunales
CPC.....	Código de Procedimiento Civil
CPR.....	Constitución Política de la República
Fto.....	Fundamento
Inc.....	Inciso
Jco.....	Jurídico
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
N°.....	Número
Ob. cit.....	Obra citada
Pág.....	Página
Sec.....	Sección
Ss.....	Siguientes
T.....	Tomo
TC.....	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

Dentro del Derecho Procesal, uno de los temas que ha llamado más la atención es el referente al Derecho probatorio, y cómo no, si la estructura del proceso está sentada sobre la base de la prueba. ¿Cómo imaginar un proceso en que el juez falle sin prueba alguna de lo afirmado por las partes?

He aquí la base del proceso civil: son las partes quienes tienen ciertas cargas a lo largo del proceso. Entenderemos el concepto de carga tal como lo acuñó Goldschmidt cuando explicaba su teoría del proceso como situación jurídica, esto es, como un imperativo del propio interés. Así, las partes tienen dos cargas procesales fundamentales: una, la carga de la afirmación, esto es, para que un hecho determinado pase a formar parte del proceso tiene que haber sido afirmado por alguna de las partes, alguien lo tiene que haber alegado; y la otra, la carga de la prueba, esto es, las partes tienen que introducir el material probatorio para comprobar que lo que cada una afirma como cierto (carga de la afirmación) efectivamente ocurrió de ese modo. El juez no puede utilizar su conocimiento privado de los hechos, ya sea para llevarlos al proceso o para darlos por probados.

Si nos detenemos frente al tema de la carga de la prueba, tal como señalamos, las partes tienen que acreditar los hechos por ellas afirmados. El asunto es determinar qué parte tiene que probar. No pretendemos dar respuesta a semejante pregunta, pero sí adoptaremos un criterio: cada parte debe probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica cuya consecuencia pretende. Así, por ejemplo, si nuestro Código Civil prescribe que los alimentos que se conceden a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; entonces quien tiene veintiséis años y demanda de alimentos a su padre tendrá que probar la circunstancia de estar estudiando una profesión u oficio para que su pretensión sea acogida.

Sin embargo, el tema de la carga de la prueba no es tan simple como lo hemos presentado hasta el momento, pues juega distintos roles frente a los sujetos intervinientes en el proceso civil: juez y partes.

Así, diremos que la teoría de la carga de la prueba se manifiesta en el proceso como una regla de juicio para el juez, en la fase decisoria, y tiene por finalidad resolver el problema de la falta o insuficiencia de prueba de los hechos. Se trata de una regla que señala al juez cómo debe fallar cuando no encuentre prueba de los hechos en que debe basar su decisión. El fundamento de esta regla de juicio lo encontramos en el “principio de inexcusabilidad” (art. 76 inc. 2º CPR, art.10 inc. 2º COT), que impide al juez omitir la decisión aun cuando el asunto no se encuentre claro. En otras palabras, se explica en la

prohibición de fallar *non liquet* y en la necesidad de resolver el conflicto con base en la disposición legal que indica al tribunal qué hacer con la cuestión fáctica del proceso. En esta perspectiva, las normas de *onus probandi* se preocupan de la prueba judicial como resultado.

Por otro lado, mirado desde el punto de vista de las partes, la teoría de la carga de la prueba se manifiesta para ellas como una regla de conducta, esta vez en la fase probatoria, puesto que les informa cuáles son los hechos que cada una debe probar para que la expectativa de lograr una sentencia favorable se haga efectiva. Se trata de reglas que indican a los litigantes quién de ellos tiene interés en probar una afirmación de hecho para evitar la aplicación de la regla de juicio, ya que son las partes las responsables de allegar las pruebas al proceso. El fundamento de esta regla de conducta lo hallamos en el principio de aportación de parte, del cual deriva la exigencia de que sean ellas las que introduzcan al proceso el material probatorio. En esta línea, decir que sobre las partes recae la carga de la prueba tiene un doble sentido: por un lado, de ellas debe nacer la iniciativa para que el proceso se reciba a prueba y deben proponer medios concretos de prueba, y por otro, sobre ellas recaen las consecuencias de que los hechos afirmados no lleguen a ser probados. En este sentido, las normas de *onus probandi* se preocupan de la prueba judicial como actividad.

Ahora bien, como ya nos adelantamos en señalar, la doctrina aún no ha acuñado reglas generales distribuidoras de la prueba, válidas para todo proceso civil. Mucho se ha debatido por siglos, sin lograr aunar criterios. Hemos adelantado también cuál es el criterio que nos parece más acertado y que adoptaremos. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que en cada ordenamiento jurídico positivo es posible encontrar distintas normas distribuidoras de la prueba. En el nuestro en particular, el legislador civil fue quien nos proporcionó una norma con un criterio general, la cual se encuentra en el art. 1698 CC, inc. 1º: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

Una vez estudiadas ambas manifestaciones de la teoría de la carga de la prueba, como regla de juicio para el juez y de conducta para las partes, cabe preguntarse qué sucede si concebimos a las reglas distribuidoras de la misma como imperativos estáticos, determinadas previamente por el legislador para luego ser aplicadas por el juez; qué pasa en aquellos casos en que la aplicación estricta de estas reglas conllevan un resultado notoriamente injusto; ¿es posible que el juez, en tal caso, invierta el contenido de estas reglas?

Es precisamente en función de estos cuestionamientos que ha surgido, hace ya algunos años, en la doctrina extranjera, la idea de flexibilizar las reglas que distribuyen la carga de la prueba, bajo ciertos supuestos. Así, con distintas denominaciones, se ha sostenido que más allá del carácter de actor o demandado, la carga de la prueba, en

determinados supuestos, recae sobre ambas partes, especialmente en aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Principios de facilidad y disponibilidad probatoria, al decir de la doctrina española, teoría de las cargas probatorias dinámicas, para la ciencia procesal argentina. Sea como se le llame, esta doctrina no desconoce las reglas de distribución de la carga de la prueba, sino que busca complementarlas o perfeccionarlas, flexibilizando su aplicación en aquellos casos en que quien debía probar según la regla tradicional no podía hacerlo por motivos ajenos a su voluntad. De este modo, el juez, en vez de aplicar las consecuencias desfavorables de la falta o insuficiencia probatoria contra aquella parte que según las reglas tenía la carga de probar, deja recaer dicho efecto sobre la otra parte, pues se encontraba en mejores condiciones para producirla, todo esto en aras de una decisión justa.

Como vemos, el problema de la justicia o injusticia de las consecuencias de la aplicación estricta de las reglas distribuidoras de la carga de la prueba no ha sido ajeno al procesalismo contemporáneo, principalmente para doctrina y jurisprudencia argentina y española. ¿Qué ha ocurrido en Chile?, ¿nuestros tribunales o autores han abordado el tema? Anticiparemos que tanto en Argentina como en España ha sido la jurisprudencia la que - en un primer momento - se ha hecho cargo del problema que nos ocupa y, luego de sus novedosos fallos, la doctrina se ha pronunciado al respecto.

En Chile, la situación es diferente. No podemos negar que existe una tendencia jurisprudencial que, a propósito de la interpretación de una norma ubicada en el Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual, se ha tratado tangencialmente el problema que nos ocupa. Quizás podamos verlo como un germen de lo que ha acontecido en otros países, y sea el punto de inicio del debate. Pero falta tratamiento dogmático.

Dicho todo lo anterior, nos abocaremos al estudio de esta materia, precisando los conceptos de regla de juicio y de regla de conducta como manifestaciones de la doctrina de la carga de la prueba al interior del proceso. Hecho esto, tendremos un marco conceptual dentro del cual nos moveremos.

Posteriormente, estudiaremos la flexibilización de la carga de la prueba y sus principales manifestaciones, cuales son los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Intentaremos precisar sus conceptos y deslindes, como también sus orígenes y fundamentos.

Finalmente, pasaremos revista a una tendencia jurisprudencial de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que, como hemos señalado, toca tangencialmente el tema que nos ocupa, ya que se trata de la interpretación de una norma sustantiva; a partir de ella veremos sus implicancias en el tema procesal.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA DE JUICIO

1. Concepto

La teoría de la carga de la prueba se manifiesta en el proceso como una regla de juicio para el juez, en la fase decisoria, y tiene por finalidad resolver el problema de la falta o insuficiencia de prueba de los hechos.

Para comenzar, debemos tener presente que la finalidad de la actividad probatoria desplegada por las partes en el proceso es lograr acreditar en un grado suficiente las afirmaciones que cada una de ellas ha efectuado respecto de determinados hechos, y no, como pudiera pensarse, acreditar la veracidad del hecho.

En esta dimensión de la carga de la prueba como regla de juicio, esta teoría se manifiesta al final del proceso, en la etapa decisoria, pero corresponde a una de las dos funciones que desempeñan las reglas de distribución de la carga de la prueba. Como se ha señalado, en esta función, el principal destinatario de las reglas de distribución de la carga de la prueba es el juez. En efecto, al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el juez puede considerar que los hechos afirmados por la partes existieron, no existieron o no llegaron a ser probados, en este último caso debido a falta o insuficiencia de prueba.

En el primero de estos supuestos, esto es, que la actividad probatoria de las partes logre acreditar suficientemente la existencia de un hecho, el juzgador en la sentencia deberá aplicar las consecuencias jurídicas previstas para tal hecho en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, “declarará la consecuencia jurídica pedida y prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico”¹.

Si la prueba acredita suficientemente que un hecho afirmado por una de las partes no existió, se produce la misma consecuencia, pero en sentido inverso, esto es, el juez declarará no ha lugar a la consecuencia jurídica pedida y prevista en la norma de la que el hecho que para el proceso es supuesto fáctico.

“En estos casos, cuando tiene la absoluta certeza de que los hechos existieron (o de que no existieron), resulta irrelevante hablar de carga de la prueba en su vertiente de regla de juicio, pues el juzgador dictará sentencia únicamente sobre la base del resultado de la

¹ MONTERO AROCA, JUAN, *La Prueba en el Proceso Civil*, Thompson Civitas, 4ª edición, Navarra, 2005, pág. 112.

valoración de la prueba”^{2 3}.

El problema se presenta en el tercer supuesto. ¿Qué debe hacer el juez en caso de falta o insuficiencia de prueba?, ¿cómo aplicará las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico si no puede dar por existente o inexistente el hecho, supuesto fáctico para su aplicación? He aquí dos preguntas fundamentales, cuya respuesta está en nuestra primera afirmación, y a la que buscaremos dar explicación.

Antes que todo, convengamos en que, para la resolución de un asunto entran en juego dos componentes esenciales: los hechos y el Derecho. Para efectos de orden, partiremos por el segundo, esto es, el Derecho. En lo relativo a las normas jurídicas, cabe tener presente que el juez tiene el deber de conocerlas, *iura novit curia* y, en consecuencia, no puede dar por existente una norma jurídica que realmente no existe, aunque sea invocada por las partes, como tampoco puede dejar de aplicar una norma jurídica existente, aunque no haya sido alegada por las partes. Esto explica el hecho que si bien entre los requisitos de la demanda encontramos que ésta debe contener fundamentos de derecho, tal como lo señala el legislador en el art. 254 N° 4 CPC, “la demanda debe contener: 4° La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya”, lo cierto es que éstos no son vinculantes para el juez, como tampoco lo serán los fundamentos de derecho contenidos en la contestación de la demanda, exigidos en el art. 309 N° 3 CPC.

Todo lo contrario ocurre en relación a los hechos, ya que el juez necesariamente debe partir de las afirmaciones que las partes hacen sobre los mismos⁴, sin que pueda utilizar el conocimiento privado que de ellos tenga (vulneraría los principios fundamentales de imparcialidad del juez y de contradicción de partes). La exposición de los hechos en que se apoya la demanda también es un requisito de ésta, tal como lo prescribe el citado art. 254 N° 4 CPC. Los hechos afirmados por ambas partes existen a tal punto para el juez que no puede desconocerlos (aunque en la realidad los referidos hechos no hayan sucedido o hubiesen sucedido de un modo diferente al señalado por las partes); los hechos afirmados por una parte y no admitidos por la otra serán entonces hechos controvertidos, que pueden haber existido o no, siendo necesario establecer procesalmente su existencia o inexistencia,

² FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ediciones La Ley, Madrid, 2006, pág. 31.

³ Al respecto, dejamos constancia que discrepamos parcialmente con lo señalado, pues consideramos que no sólo cuando el juez tiene la absoluta certeza en cuanto a la existencia o inexistencia de un hecho debe o no aplicar las consecuencias normativas previstas para éste, sino que cuando esa existencia o inexistencia resulta suficientemente acreditada en el proceso. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para afirmar que cuando el juez da por acreditado o no acreditado un hecho en la sentencia, no entramos en el campo de aplicación de la carga de la prueba en su dimensión de regla de juicio, y es en este sentido que concordamos plenamente con Fernández López.

⁴ Sobre este punto resulta pertinente señalar que son las partes las que determinan si hay proceso y sobre qué recaerá. Éstas constituyen manifestaciones del principio dispositivo que rige el proceso civil y que se funda en la titularidad privada de los derechos, como se explicará más adelante. *Infra*, Cap. I, N° 2.

para la posterior aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas jurídicas pertinentes.

Por otro lado, el juez tiene el deber de resolver sobre el fondo del asunto (regla del *non liquet*, principio de inexcusabilidad, que trataremos en el punto del fundamento de la regla de juicio⁵) no obstante la falta o insuficiencia probatoria, lo que hace necesario el establecimiento de reglas que indiquen al juez en qué sentido ha de dictar la sentencia, “la falta de certeza acerca del material fáctico debe ser subsanada mediante la aplicación de determinados criterios que determinen cuál de las partes ha de resultar perjudicada por la insuficiencia probatoria”⁶.

El razonamiento para dar respuesta a las preguntas que se originan en el tercero de los supuestos mencionados es el siguiente: si en una de sus dimensiones las reglas de distribución de la carga de la prueba indican qué parte debe probar determinados hechos en el proceso para obtener resultados favorables (esto es, que se apliquen las consecuencias jurídicas previstas para tal supuesto fáctico en el ordenamiento jurídico positivo); en caso de que tal hecho resulte insuficientemente probado o no probado, es la parte que se habría visto favorecida con la aplicación de las consecuencias jurídicas, la que deberá soportar la circunstancia que en la sentencia dichas consecuencias no sean declaradas. Es el juez quien deberá aplicar este razonamiento al final del proceso. Es en este sentido que afirmamos que estas reglas están dirigidas a él.

Ahora, estas afirmaciones tampoco están exentas de problemas. “La situación de hecho incierto es, pues, la condición de aplicación de la regla de juicio fáctica. En efecto, las reglas sobre carga de la prueba nos dan la solución a la situación de hecho incierto, pero no nos informan, sin embargo, acerca de cuándo cabe considerar que un hecho es incierto. Ello va a depender, exclusivamente, de cuál sea el grado de certeza exigido para la prueba de los hechos”⁷ ⁸. Este tema sin duda excede las pretensiones de nuestro estudio, ya que nos

⁵ *Infra*, Cap. I, N° 2.

⁶ *Idem*, pág. 33.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sin embargo, en este punto no podemos dejar de mencionar lo señalado por Taruffo, en cuanto al criterio de la probabilidad prevalente, “en términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. (...) Surge de esta manera un criterio que proviene de la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, que puede definirse como el estándar del grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria necesaria para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”, (...) el juez puede asumir como “verdadera”, por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor.” TARUFFO, MICHELE, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Mexicano*, traductores M. Carbonell y P. Salazar, nueva serie, año XXXVIII, N° 114, septiembre – diciembre de 2005, págs. 1299 y 1300.

trasladaríamos al tema de la valoración de la prueba, desbordando el de la carga de la prueba; sin embargo, podemos señalar que es una cuestión ampliamente debatida en la doctrina anglosajona, a diferencia de la doctrina de los países continentales⁹.

Así, y contrario a lo que podría pensarse, el tema de la falta o insuficiencia probatoria no es un problema que no tenga prevista una solución para el juez, “en efecto, el ordenamiento jurídico pone a su disposición los criterios necesarios para tomar una decisión cuando los hechos que son relevantes para la resolución de la causa han quedado inciertos por ser insuficiente la prueba practicada. Estos criterios constituyen, pues, el apoyo legal que el juez ha de tener presente para evitar que la cuestión quede imprejuzgada, ya que razones como la seguridad jurídica y el ejercicio obligatorio de la potestad jurisdiccional le obligan a resolver todos los casos que se le planteen. Se trata, pues, de un expediente de decisión judicial de carácter formal, por cuanto la resolución judicial se apoya exclusivamente en el dictado de la ley al no haberse podido determinar la verdad o falsedad de los hechos, y por ello está justificada con independencia de su coincidencia con la realidad de los hechos”¹⁰.

Es así como por un lado tenemos hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que no resultan suficientemente probados, dependiendo del grado de certeza exigido para ello, o bien, no hay prueba alguna al respecto. Pero por otro lado tenemos que, sin embargo, el juez no puede abstenerse de resolver la cuestión sometida a su conocimiento. En cualquier caso debe pronunciarse en cuanto al fondo del asunto, ya sea condenando al demandado, o bien rechazando la demanda.

Entonces, la pregunta a responder es: ¿cómo debe fallar el juez en ese supuesto? Y, ¿sobre qué principios debe hacerlo? Además, ¿sobre cuál de las partes deberá hacer recaer las consecuencias disvaliosas de las dudas que existen en su ánimo con respecto a la verdad de una o varias afirmaciones de hecho?

Pues bien, como hemos señalado, para eso están las reglas de la carga de la prueba, las cuales nos van a proporcionar la contestación a estas preguntas. Dichas reglas van a colaborar con el juez, para que pueda formarse un juicio, ya sea afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer en el proceso, no obstante la ya mencionada incertidumbre sobre las cuestiones de hecho. Dichas reglas le van a indicar el modo de llegar a una decisión ante tales supuestos, dado su deber de dictar sentencia en todo caso.

“De este modo la doctrina de la carga de la prueba con relación al juez sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál

⁹ *Idem*, pág. 33.

¹⁰ *Idem*, págs. 25 y 26.

de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba; siempre con relación al juez, esta doctrina no sirve para que éste diga a las partes cuál de ellas debe probar. A lo largo del proceso el juez no asume la que podríamos llamar una función distribuidora de la carga de la prueba; como hemos dicho, si un hecho está probado al juez no debe importarle quién realizó la prueba, pues él cuestiona la carga sólo cuando falta la prueba de una afirmación de hecho y en el momento de la sentencia”¹¹.

Distinto es el hecho que, estas mismas reglas que indican al juez en qué sentido debe pronunciar su sentencia, a su vez informen a las partes cuál de ellas debe probar una determinada afirmación sobre un hecho si persigue la aplicación de una determinada consecuencia jurídica prevista en una norma. Más simple, son las mismas reglas las que informan a las partes y al juez. El juez no tiene el deber de indicar a qué parte le corresponde la prueba de tal o cual afirmación y, en tal sentido es que se ha afirmado que el juez no asume a lo largo del proceso una función distribuidora de la carga de la prueba.

En este punto, debemos delimitar conceptos: esta regla de juicio a que aludimos no guarda ningún tipo de relación con lo que se denomina valoración de la prueba, pues ésta última supone que el juez, tomando en consideración la o las pruebas rendidas determine, en atención a ciertos parámetros indicados por cada ordenamiento jurídico particular, qué valor asigna a cada una de ellas. Estos distintos parámetros a que aludimos determinan la existencia de distintos sistemas de valoración de la prueba, tema que excede las pretensiones de este análisis. Así, “esta regla de juicio nada tiene en común con la tarifa o sistema legal de la prueba (como erróneamente suele denominarse); no se refiere a la manera de apreciar la prueba y tampoco a los medios probatorios que puedan utilizarse, sino a la solución del litigio cuando falta el convencimiento del juez, cualquiera sea el sistema que rija”¹². En cambio, como hemos afirmado, la regla de juicio “le indica al juez cómo debe decidir, a falta de convencimiento sobre los hechos, o sea, en contra de quién debe considerar la falta o insuficiencia de las pruebas, cualesquiera que sean el litigio y el proceso”¹³. En otras palabras, siguiendo un criterio cronológico, el juez primero valorará las pruebas aportadas y luego determinará si hay un hecho no probado o insuficientemente probado¹⁴.

“La virtud esencial de toda la normativa sobre la carga de la prueba reside entonces en esta instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe pronunciar, en todos aquellos supuestos en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de

¹¹ *Idem*, pág. 113.

¹² DEVÍS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, Editorial Temis, 5ª edición, Bogotá, 2002, t. I, pág. 410.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Resulta pertinente recordar lo señalado por Taruffo. *Supra*, Cap. I, N° 1.

hecho de importancia determinante para la resolución”¹⁵. Recalamos que tal falta de comprobación de la verdad del hecho puede provenir de una ausencia total de prueba respecto a él, o a que la prueba aportada no fue suficiente para formar darlo por acreditado. La sentencia deberá dictarse, en consecuencia, en contra de la parte sobre la cual recae la carga de la prueba con respecto a las afirmaciones de hecho no probadas o no debidamente aclaradas en dicho proceso. El juez no tiene otra opción y deberá decidir siempre en contra de dicha parte.

Esto, en términos generales, está formulado en el artículo 217.1 de la LEC española, en la que el legislador señala: “cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerare dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo no encontramos una norma similar. Sólo a propósito de la prueba de las obligaciones encontramos la norma del art. 1698 inc. 1º CC, “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, a la cual se ha dado un alcance general. Sin embargo, con la introducción en nuestro ordenamiento del procedimiento de tutela laboral, mediante Ley N° 20.022 (su entrada en vigencia es gradual en el tiempo, el 31 de Octubre de 2008 comenzó a regir en la Región de Valparaíso), sí encontramos una norma específica en materia de carga de la prueba que, en términos generales, permite al tribunal “alterar las reglas del *onus probandi* cuando estime que hay “indicios suficientes” de que se ha producido la lesión de derechos fundamentales alegada por el trabajador”¹⁶.

Pese a todo lo dicho, la doctrina no está conteste en cuanto a dar el mismo tratamiento a la situación del hecho incierto y a la del hecho no probado; o lo que es igual, frente a la insuficiencia o falta de prueba. Para algunos autores la regla de juicio a que hemos aludido sólo sería aplicable ante la situación de duda o insuficiencia de prueba. “Es el caso, por ejemplo, de Muñoz Sabaté, L. (...). Señala este autor que en los supuestos en los que no se ha aportado prueba alguna sería de aplicación el principio según el cual *iuxta allegata et probata, iudex iudicate debet*, de modo que lo que no ha sido probado, no existe”¹⁷.

Nosotros, por el contrario, sostenemos que ambas situaciones originan idénticas consecuencias: sea por falta o insuficiencia de prueba el resultado es un hecho no probado,

¹⁵ LÉPORI WHITE, INÉS. “Cargas probatorias dinámicas”, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, págs. 50 y 51.

¹⁶ PALAVECINO, CLAUDIO, “La carga de la prueba en el procedimiento de tutela laboral”, en *La Semana Jurídica*, Editorial Legal Publishing, Santiago, N° 380, 20 de agosto al 2 de septiembre de 2008, pág. 3.

¹⁷ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 32.

lo que determina la aplicación de la regla de juicio. En esta línea encontramos la opinión de Micheli, quien afirma que “no probar del todo o probar insuficientemente es, por tanto, idéntico en el proceso civil, puesto que en ambos casos, agotada negativamente la fase de valoración de las pruebas, entra siempre en aplicación la regla de juicio antes recordada”¹⁸.

Aun cuando entendiésemos que las situaciones de falta e insuficiencia probatorias son distintas, ello de ningún modo desvirtúa el fundamento de la regla de juicio, esto es, la prohibición del *non liquet*. Una vez más nos valdremos de las palabras de Micheli, “el que desaparezca la equivalencia jurídica entre hecho no probado y hecho insuficientemente probado no significa, de todas maneras, la admisibilidad de un *non liquet*, de un pronunciamiento de duda, ya que, por el contrario, nuestro legislador está oportunamente preocupado por dar un contenido bien determinado a la sentencia emitida por el juez, en la condición de duda; y precisamente la ha configurado como sentencia de rechazamiento estableciendo así una regla de juicio, para la condición de duda”¹⁹.

Otro punto relevante en este tema de la regla de juicio es que ésta distribuye la carga de la prueba entre las partes, por lo que no recae exclusivamente en manos del actor; ya que cada parte debe probar los supuestos fácticos que ha afirmado, cuya prueba a su vez será la condición de aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por esas normas invocadas²⁰.

Ahora bien, si por un lado las partes tienen la carga ²¹ de probar sus afirmaciones, por el otro tienen la posibilidad de desplegar su actividad probatoria para lograr su propósito, una sentencia favorable. Sin embargo, más allá de que las partes tengan la posibilidad de probar, podemos afirmar que ello constituye un derecho para éstas, las partes tienen derecho a la prueba. “Es bien sabido que en el proceso civil las partes tienen tanto el *derecho a la prueba*, en cuanto manifestación esencial de las garantías de la acción y de la defensa en juicio, como la *carga de la prueba*, que nos dice que el que afirma la existencia

¹⁸ MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, traductor S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 163.

¹⁹ *Idem*, pág. 167.

²⁰ “Las normas de carga de la prueba distribuyen el riesgo de sufrir ese perjuicio entre las partes y no lo concentran sólo en el actor principalmente por dos tipos de razones: 1º Por razones de eficacia del proceso civil, dado que este proceso sería un instrumento inútil si el demandante tuviera la responsabilidad de probar no sólo los hechos constitutivos de su pretensión procesal, sino también la inexistencia de todos aquellos hechos que pudieran jurídicamente contrarrestar la eficacia de los anteriores. El objeto de la prueba tendría una extensión desmesurada y hasta delimitable con dificultad y la prueba sería difícil por la necesidad de referirla a hechos negativos. Por el contrario, si, presupuestos los hechos constitutivos, se hace al demandado responsable de la prueba de las otras clases de hechos, se facilita la delimitación del objeto de la prueba y práctica de ésta. 2º El proceso conlleva el riesgo del hecho incierto. Con el criterio anterior se reparte entre las partes de acuerdo con el principio de igualdad de las mismas en el proceso, y no se hace cargar con el mismo exclusiva o principalmente al actor”. ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Procesal Civil*. Arazandi, 7ª edición, Navarra 2007, pág. 376.

²¹ Entendiendo a la carga como un “imperativo del propio interés”. FERNÁNDEZ, M., *ob. cit.*, pág. 39.

de un hecho debe demostrarlo mediante pruebas, si no quiere perder. Se trata en realidad de las dos caras de una misma moneda, en la medida en que el derecho a la prueba implica que las partes tengan efectivamente la *posibilidad* de satisfacer la carga de la prueba, o sea de allegarse de todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad del hecho que cada una de ellas tiene la carga de probar”²².

Analícemos pues ahora, brevemente, el tema de la naturaleza de esta regla de juicio. ¿Tiene naturaleza procesal, o bien, forma parte de la norma a aplicar y participa, por tanto, de la naturaleza de fondo de ésta?

Nosotros afirmaremos que su naturaleza es estrictamente procesal, siguiendo en este punto a Micheli, quien señala que “no es posible pues, considerar la norma para la aplicación del derecho como una porción integrante de la norma a aplicar, y que participa, por tanto, de la naturaleza de la norma misma, puesto que la regla de juicio en cuestión importa una directa limitación a los poderes del juez, vale, en otros términos, como norma procesal, eventualmente determinada por la propia estructura y función del proceso concreto (...). La regla de la carga de la prueba tiene pues, como su principal destinatario al juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, en el proceso”²³. “Así la regla que distribuye, por ejemplo, entre las partes las consecuencias de la falta de prueba, enseña el modo de encontrar la decisión en todos los casos, y al mismo tiempo determina el contenido de la propia decisión cuando falten las pruebas, de manera que sería todavía incierto a qué rama del Derecho pertenece ella”²⁴.

Si, como hemos afirmado, las reglas de distribución de la carga de la prueba están dirigidas al juez para que al momento de dictar sentencia determine en caso de falta o insuficiencia de prueba qué parte debe soportar las consecuencias negativas de tales supuestos, ¿quién podría atreverse a afirmar que dichas reglas no tienen una naturaleza procesal?

Si nos aventuráramos a señalar que la regla de juicio participa o forma parte de la norma a aplicar, teniendo en consecuencia su naturaleza jurídica, sería entonces extremadamente difícil determinar su naturaleza.

“Es que la regla de juicio tiene precisamente por finalidad dar al juez un criterio, a base del cual juzgar en todos los casos; en otros términos (lo repito *ad abundantiam*), la regla define, en el plano del proceso, el ámbito de los poderes del juez en el cumplimiento de la función que le está atribuida. Por tanto, el hecho de que tal regla esté destinada a construir el contenido de una decisión no altera su naturaleza jurídica, en cuanto aquella ha

²² TARUFFO, M., ob. cit., pág. 1303.

²³ MICHELI, G. A., ob. cit., pág. 190.

²⁴ *Idem*, págs. 194 y 195.

nacido propiamente para la aplicación del derecho en el proceso, caracterizando incluso la operación de declaración jurisdiccional de certeza”²⁵. Si su naturaleza no fuere procesal, mal podría tener un carácter general, y precisamente entendemos que la regla de juicio existe “para todos los procesos, sin distinción de procedimiento o naturaleza de las pretensiones en ellos aducidas”²⁶.

Para finalizar lo relativo al concepto de la regla de juicio, diremos que la carga de la prueba como regla de juicio alude a la prueba como resultado, esto es, como conclusión a la que llega el juez tras la valoración del material probatorio, “solamente podrá decidirse sobre la carga de la prueba luego de producidas íntegramente las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, al final del proceso, en la sentencia de mérito”²⁷. La condición de aplicación de esta regla de juicio es la falta o insuficiencia de prueba, y en tal sentido las reglas de distribución de la carga de la prueba nos dan la solución frente a los hechos inciertos, esto es, frente a los supuestos de falta o insuficiencia probatoria.

2. Fundamento

El fundamento de esta regla de juicio lo encontramos en el principio de inexcusabilidad, que impide al juez omitir la decisión del asunto, aun cuando éste no se encuentre claro. En nuestro ordenamiento jurídico el legislador lo consagra incluso a nivel constitucional en el art. 76 inc. 2° CPR, “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”, y casi en idénticos términos a nivel legal, art. 10 inc. 2° COT, “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

Advertimos de este modo que si bien no encontramos en nuestra legislación positiva una norma que indique qué parte tiene que probar tal(es) o cual(es) hecho(s) para obtener una sentencia favorable, sino sólo la ya citada norma del art. 1698 CC; sí encontramos consagrado, y al más alto nivel jerárquico dentro de nuestro ordenamiento, el principio que fundamenta y justifica la existencia de la regla de juicio. “La carga de la prueba material responde al ejercicio obligatorio de la potestad jurisdiccional. Es por ello que la obligación de los ciudadanos de acudir al proceso para resolver los conflictos jurídicos supone, a su vez, la necesidad de que el Estado garantice que jueces y magistrados ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y ejecutando lo juzgado, siempre que se den los presupuestos

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ DEVIS, H., ob. cit., pág. 410.

²⁷ MONTERO, J., ob. cit., 4ª edición, pág. 50.

procesales para ello y evitando así las resoluciones de *non liquet*²⁸.

El juez, en todo caso, salvo que se den los requisitos para la configuración de un equivalente jurisdiccional, tiene el deber de dictar sentencia, lo que a su vez implica la necesidad de éste de pronunciarse en cuanto al fondo del asunto sometido a su decisión; debiendo cumplir con todos y cada uno de los requisitos para la dictación de la sentencia. “El juez, en nuestro ordenamiento, debe siempre afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto de la pretensión contenida en la demanda. Lo cual significa que, en un proceso civil, el juez está obligado a condenar al demandado o a rechazar la demanda, siempre y cuando se haya cumplidos los presupuestos procesales de la sentencia en cuanto al fondo de la causa. Ninguna sentencia judicial puede tener otro contenido”²⁹.

En todo caso, resulta de toda lógica y necesidad el establecimiento de la regla de juicio como una herramienta esencial para que el juez pueda cumplir con su obligación de dictar sentencia en todo caso, acogiendo o desestimando las pretensiones de las partes. “Si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el Derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre que le coloca la falta de prueba sobre un hecho. Aparece así la doctrina de la carga de la prueba, que adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista del juez y al final del proceso. Las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan, de modo directo, de determinar *a priori* qué hechos deben ser probados por cada parte (que sería la llamada carga de la prueba en sentido formal, aunque existen algunas reglas en este sentido), sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, esto es, fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material). Como decía Rosenberg la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba”^{30 31}.

Una cuestión no menos importante es que “tal regla pues, además de establecer en concreto el deber del juez de pronunciar en todos los casos, delimitando el ámbito de los poderes que se le han conferido, puede además fijar si ciertos hechos, que una norma jurídica establece como presupuestos de consecuencias jurídicas, se deben comprobar positivamente, o bien si un efecto jurídico se debe considerar verificado, cuando el juez no

²⁸ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 30.

²⁹ MONTERO, J., ob. cit., pág. 50.

³⁰ *Ídem*, pág. 113.

³¹ Nuestra visión en este punto se aleja de la del autor Montero Aroca, ya que para éste las reglas de distribución de la carga de la prueba buscan principalmente determinar qué parte debe soportar las consecuencias de la falta o insuficiencia probatoria de los hechos controvertidos, y consecuentemente determinan qué hechos deben ser probados por cada parte, poniendo, de este modo, en un plano de mayor importancia a la regla de juicio sobre la regla de conducta. Para nosotros ambas dimensiones de las reglas de distribución de la carga de la prueba tienen la misma importancia *Infra*, Cap. II, N° 1.

puede alcanzar la persuasión de la no existencia de aquellas circunstancias”³², oportunidad en la que no deja de estar presente el fundamento de la regla de juicio, cual es, la prohibición del *non liquet*.

En íntima conexión con el tema de la naturaleza de la regla de juicio encontramos el de la naturaleza de su fundamento; y lo que diremos aquí no hace sino confirmar lo señalado en el punto anterior, en cuanto que la regla de juicio tiene una naturaleza de carácter procesal. “El proceso es precisamente un medio para la actuación del Derecho material, pero esto no significa que la misma naturaleza sea la regla que determina uno de los elementos de la jurisdicción en los ordenamientos modernos, esto es, la prohibición del *non liquet* y los diversos modos para hacer posible la decisión en todos los casos; en otros términos, la norma para la aplicación del derecho que, por tener su razón de ser en el proceso, o mejor, en el ejercicio de la jurisdicción, es, como tal, procesal”³³.

Este principio de inexcusabilidad que fundamenta la existencia de esta regla de juicio tiene a su vez sus fundamentos, de la máxima importancia en todo ordenamiento jurídico, como son la seguridad jurídica y la paz social, siendo en consecuencia, esta regla de juicio una manifestación mediata de estos principios fundamentales, que son calificados por muchos autores como fines del Derecho³⁴.

“Su fundamento radica en la extraordinaria importancia que reviste esta noción en el campo general del Derecho y en particular del proceso (...). La seguridad jurídica, la armonía social, el interés general en que se realicen los fines propios del proceso y la jurisdicción, reclaman su existencia”^{35 36}.

³² DEVÍS, H., ob. cit., pág. 204.

³³ *Idem*, pág. 203.

³⁴ En este sentido, véase SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2000, págs. 531 y ss.

³⁵ DEVÍS, H., ob. cit., pág. 430.

³⁶ “En toda sentencia del juez, que tenga carácter definitivo, la certeza alcanzada es, sin embargo, solo el medio, como se ha dicho muchas veces, por el cual el juez está en la condición de emitir un juicio, esencialmente relativo. De ello se sigue que, para el ordenamiento jurídico, es en general necesario un grado de verdad (histórica), suficiente para formar la certeza subjetiva del juez, certeza cuya obtención se facilita por reglas legales, ya sean relativas a la admisibilidad y a la eficacia de determinados medios de prueba, ya sean en cuanto a la determinación del contenido de la decisión, cuando falten del todo (o bien sean insuficientes) los elementos instructorios. De esta manera se alcanza, del modo más económico, el resultado que las partes se proponen obtener a través del proceso, esto es, realizar las respectivas pretensiones y aun el fin para el cual el Estado mismo pone en práctica el mecanismo procesal: la obtención de la seguridad de las relaciones y de los estados jurídicos”. *Idem*, pág. 162.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA DE CONDUCTA

1. Concepto

La teoría de la carga de la prueba también se manifiesta en el proceso como una regla de conducta para las partes, toda vez que les informa cuáles son los hechos que cada una tiene interés de probar para que la expectativa de lograr una sentencia favorable se haga efectiva. Esta vez la teoría de la carga de la prueba se manifiesta en la fase de actividad probatoria.

Hay quienes, a diferencia de nosotros, sostienen que esta segunda dimensión de la carga de la prueba es una manifestación de la primera. Esto es, esta regla de conducta para las partes es una consecuencia extraída de la regla de juicio para el juez³⁷.

Para nosotros, como ya se ha adelantado, ambas dimensiones se encuentran en un plano de igualdad, ya que son unas solas las reglas que ilustran e informan tanto juez como a las partes, ya sea en la fase decisoria y en la de actividad probatoria, respectivamente.

Así, puede afirmarse que “no existen dos aspectos antitéticos, o cuanto menos distintos del fenómeno, sino un fenómeno único”³⁸, que podría explicarse del modo como entendemos que todo derecho subjetivo tiene una obligación correlativa, así, cada regla de carga de la prueba a la vez ilustra a las partes y al juez; al juez en la fase decisoria, y a las partes en la fase de actividad probatoria. “Desde luego no existen unas normas que jueguen como regla de juicio y otras como regla de conducta de las partes; en el proceso civil sólo pueden existir unas únicas reglas”³⁹, “son dos las funciones que desempeñan las reglas sobre carga de la prueba, no siendo posible subestimar la importancia que posee cada una de ellas (...), constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y

³⁷ En este sentido, véase DEVÍS, H., ob. cit., pág. 405, quien distingue ambos aspectos de la noción de carga de la prueba, y que luego de referirse a ella en su dimensión de regla de juicio, señala que “por otro aspecto es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les enseña cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria...), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones”. Se advierte que con el empleo del vocablo “indirectamente”, el autor es partidario de la accesoriedad o subsidiariedad de esta dimensión a la primera. También véase COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1990, pág. 242, “la carga de la prueba, esto es, de modo directo, la determinación de cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de que no se haya probado un hecho y, de modo indirecto, la fijación de qué parte debe probar un hecho, sólo puede cuestionarse cuando ese hecho no ha sido probado. Si el hecho ha resultado probado no ha lugar siquiera a plantear la cuestión de la carga de la prueba”. Valga en este punto el mismo comentario anterior respecto al empleo de la expresión “de modo indirecto”.

³⁸ MICHELI, G., ob. cit., pág. 157.

³⁹ EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Editorial Abeledo-Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1992, pág. 66.

son, asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico”⁴⁰.

Es por esto que hemos preferido hablar de las dos dimensiones o vertientes de la carga de la prueba, para no situar a ninguna de ellas en un plano de superioridad frente a la otra. “Carnelutti habla con mucha propiedad de las dos funciones de la carga de la prueba: la de otorgarle al juez la regla de juicio para evitar el *non liquet* y fijar los hechos desconocidos, y la de estimular a las partes en su actividad probatoria”⁴¹.

Una vez superada la discusión precedente, ya para situarnos en esta dimensión de la carga de la prueba, diremos que “respecto de las partes la doctrina sirve, y en la fase probatoria del proceso, para que aquellas sepan cuál debe probar una afirmación de hecho determinada si no quieren que entre en juego la consecuencia de la falta de prueba de una afirmación (la llamada carga formal de la prueba). Este segundo efecto es el que nos importa ahora y respecto de él debemos examinar las reglas existentes en nuestro Derecho, que son las mismas que, en su caso, aplicará el juez para el supuesto de falta de prueba”⁴². Respecto a esto último, ya lo hemos zanjado, al menos dando nuestra opinión: son unas mismas reglas las que ilustran al juez y a las partes.

El establecimiento de estas reglas obedece no sólo a lo señalado precedentemente⁴³, sino que también, y por sobretodo es consecuencia de los principios formativos de nuestro sistema procesal civil. “Corresponde a la esencia del proceso civil el que sobre las partes recaiga la carga de aportar los hechos al proceso; esto es, la realización de las afirmaciones de los supuestos fácticos de las normas cuyas consecuencias se piden sólo puede ser obra de las partes. Si el juez pudiera hacer esas afirmaciones se estaría alterando toda la concepción de lo que es el proceso civil”⁴⁴. Esta cuestión no es más que una clara manifestación del principio de aportación de parte⁴⁵.

De este modo, “en este proceso dispositivo el juez sólo puede conocer las pruebas que las partes suministraron para convencerle de la realidad de los hechos discutidos, salvo las escasas medidas para mejor proveer que conceden las leyes en estos sistemas, o los pocos casos en que le es dable al juez profundizar la investigación probatoria con los elementos

⁴⁰ MONTERO, J., ob. cit., pág. 114.

⁴¹ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 414.

⁴² MONTERO, J., ob. cit., pág. 114.

⁴³ *Supra*, Cap. I, N° 2.

⁴⁴ *Idem*, pág. 59.

⁴⁵ Hay una estrecha vinculación entre principio dispositivo y principio de aportación de parte, pero no son lo mismo. En virtud del principio dispositivo son las partes afectadas en sus intereses particulares las que determinan si dan inicio a un proceso y sobre qué materia. Fluyen de este principio el de aportación de parte (son los litigantes los llamados a rendir la prueba en el proceso) y el de impulso de parte (son también las partes las llamadas a dar movimiento al proceso).

que le suministran las partes, o que les sugieren las mismas”⁴⁶. Cabe recordar que dicha actividad probatoria es desplegada por las partes para acreditar, en un grado suficiente, la efectividad de las afirmaciones fácticas por ellas efectuadas.

Respecto a la etapa procesal en que se manifiesta esta dimensión de la carga de la prueba, “las partes intervinientes en el proceso han de atenerse a estas reglas en la fase probatoria, ya que son las que les informan, en primer lugar, de que son ellas las que tienen la responsabilidad de aportar las pruebas como consecuencia de la supremacía del principio de aportación y, en segundo lugar, de cuáles son los hechos que cada una de ellas tiene que acreditar para que la expectativa de obtener una sentencia favorable se haga efectiva. Desde este punto de vista, puesto que su función es la de distribuir la incumbencia probatoria entre las partes, reciben la denominación de *reglas de distribución* de la carga de la prueba”⁴⁷.

Es en este sentido donde se puede apreciar propiamente el concepto de carga, ya que las partes tienen la “carga” de probar, entendida como un “imperativo del propio interés”, como lo señaló Goldschmidt. “Partiendo de esta caracterización genérica, cabe pues definir a la carga de la prueba como el poder de ejercicio facultativo conferido a las partes para aportar pruebas de los hechos, ejercitando, si así lo desean, el derecho a la prueba reconocido por el artículo 24.2 CE y cuyo incumplimiento no conlleva sanción jurídica alguna, sino la posible aplicación de la regla de juicio para determinar cuál de las partes ha de ser perjudicada por la inexistencia o insuficiencia de prueba”⁴⁸.

De lo dicho se desprende que las partes no tienen la obligación de probar en el proceso las afirmaciones hechas por ellas, “si bien les otorga poder para aducir esas pruebas, las deja en libertad para no hacerlo, sometiéndose en este caso a las consecuencias adversas, aunque nadie pueda exigirles su observancia”⁴⁹, lo que explica la pertinencia del concepto carga.

“La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo

⁴⁶ EISNER, I., ob. cit., pág. 66.

⁴⁷ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 25.

⁴⁸ *Ídem*, pág. 57.

⁴⁹ DEVÍS ECHANDÍA, H., ob. cit., pág. 405.

mismo no probar que no existir”⁵⁰.

Para evitar posibles confusiones, cabe señalar que tradicionalmente se ha enseñado que el sentido del establecimiento de las reglas de distribución de la carga de la prueba es que ellas indiquen a las partes cuál debe probar cada hecho. Nosotros no formamos parte de esta tendencia, por el contrario, somos partidarios de la idea de que las reglas de la carga de la prueba indican a las partes cuál de ellas tiene interés jurídico en que un hecho determinado resulte probado.

Lo anterior porque si pensamos en la teoría de la carga de la prueba en su conjunto, sólo cuando el juez advierte la falta o insuficiencia probatoria aplicará la consecuencia desfavorable a la parte que corresponda, la cual, en su momento, debió prever esta situación, anticipándose a la misma mediante la prueba de ese hecho; de este modo se determina que debe probar la parte que debía evitar las consecuencias de la omisión de prueba (ya sea por falta o insuficiencia de prueba).

Cada parte “soporta esta carga, porque en caso de no demostrarse la existencia de esas características no se aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos (...). La sentencia del juez se pronunciará en tal caso necesariamente en contra de la parte; no porque ella soporta la carga de la prueba, sino al revés: decimos que la carga de la prueba incumbe a la parte porque en caso de incertidumbre sobre una característica definidora del precepto legal debe decidirse en perjuicio de esa parte”⁵¹.

2. Fundamento

El fundamento de esta regla de conducta lo hallamos en el principio de aportación de parte, del cual deriva la necesidad de que sean ellas, las partes, las que introduzcan al proceso el material probatorio. En esta línea, decir que sobre las partes recae la carga de la prueba tiene un doble sentido: por un lado, de ellas debe nacer la iniciativa para que se reciba y se produzca la prueba en el juicio, y por otro, sobre ellas recaen las consecuencias de que los hechos afirmados no lleguen a ser acreditados.

“Tradicionalmente, la doctrina entendió que el establecimiento de reglas de distribución de la carga de la prueba entre las partes encontraba su fundamento en el principio dispositivo. No obstante, estudios posteriores han puesto de relieve que es el principio de aportación del que deriva la exigencia de que sean aquéllas las que faciliten al juez el material probatorio. En efecto, si bien es cierto que en la práctica los principios dispositivo y de aportación parecen confundirse bajo un mismo significado, la distinción

⁵⁰ COUTURE, E., ob. cit., pág. 242.

⁵¹ ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*, traductor E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, pág. 11.

teórica entre ellos resulta esencial, por cuanto uno y otro gozan de un fundamento y de un alcance diversos”⁵².

Así mientras el fundamento del principio dispositivo lo encontramos en el reconocimiento constitucional y legal del derecho de propiedad, que implica una distinción entre intereses públicos y privados, pudiendo disponer de los privados, manifestándose este poder de decisión tanto al interior como fuera del proceso; el fundamento del principio de aportación de parte lo encontramos en las diferentes formas de organización política del Estado, especialmente en el Estado Liberal, “escasamente intervencionista, se instaura un proceso en el que el juez actúa como un espectador del proceso que, con el fin de preservar su imparcialidad, se mantiene prácticamente inactivo, de forma que corresponde a las partes tanto la introducción de los hechos cuanto la prueba de los mismos. De conformidad con ello, la tarea del juzgador se centra, fundamentalmente, en dictar una resolución sobre la base del material fáctico y probatorio que las partes le han proporcionado”⁵³.

En cuanto al alcance de uno y otro, podemos señalar que los caracteres definitorios del principio dispositivo son:

1. Las partes son las que deciden si acudir o no al proceso.
2. Las partes formulan y delimitan la pretensión.
3. El juez está vinculado por el objeto del proceso delimitado por las partes en sus respectivas pretensiones.

“Frente al principio dispositivo, el principio de aportación de parte encuentra aplicación en relación con un aspecto muy concreto del proceso civil: la aportación del material fáctico y de la prueba. En efecto, este principio indica a qué sujetos procesales les corresponde la introducción de los hechos y de las pruebas en el proceso civil”⁵⁴ y, por lo tanto, las consecuencias de introducirlas o no.

Una vez delimitados en sus rasgos esenciales ambos principios, reiteramos que la afirmación que sobre las partes recae la carga de la prueba es consecuencia directa de la vigencia del principio de aportación. “El carácter privado de los intereses presentes en el proceso civil no determina que sean las partes, necesariamente, las responsables de probar los hechos que fundamentan sus pretensiones y resistencias, sino que se trata del modo que el legislador ha elegido para que se desarrolle el proceso. Buena muestra de ello es la facultad concedida al juez de aportar pruebas para completar su convicción, que constituye una corrección del principio de aportación, pero no afecta al principio dispositivo, que, en

⁵² FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 57.

⁵³ *Idem*, págs. 58 y 59.

⁵⁴ *Idem*, pág. 61.

cambio, sí viene determinado por la titularidad privada de aquellos intereses”⁵⁵.

Una consecuencia del hecho que sobre las partes recae la carga de la prueba es que cuando hay prueba, no importa si la trajo quien tenía esa carga sobre sí o la trajo el adversario. El principio de adquisición procesal considera que todas las pruebas son del proceso y están destinadas al juez, y el juez puede valerse de ellas; ya sea que las trajo el que debía traerlas o su adversario; o que llegaron como producto de la actividad oficiosa del juez, cuando la ley le concede esa posibilidad.

En otras palabras, “no importa cómo llegó la prueba; lo que importa es que se haya satisfecho la carga de a certeza que pesa sobre todos; la carga de la certeza que vendría a ser la imperiosa necesidad de que el juez arribe a conclusiones categóricas sobre los hechos para poder fijarlos como base de su sentencia”⁵⁶, y eso no es más que una consecuencia del principio de aportación de parte.

⁵⁵ *Idem*, pág. 62.

⁵⁶ *Idem*, pág. 68.

CAPITULO TERCERO

LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU FLEXIBILIZACION

1. Flexibilización de la carga de la prueba

Como ya estudiamos, la doctrina de la carga de la prueba “tiene la finalidad de suministrar las reglas necesarias, para que el juzgador pueda decidir, en cada caso concreto, a que parte correspondía acreditar ese hecho que no ha podido ser probado, atribuir de esa forma, la carga de probar dicho hecho, y en consonancia con dicha atribución, estimar o desestimar las pretensiones ejercitadas”⁵⁷.

Además, debemos tener en cuenta que las normas sobre carga de la prueba no pueden deducirse del resultado del proceso singular, sino que deben establecerse independientemente de todo proceso, siendo éste en todo caso el criterio adoptado por nuestro legislador⁵⁸.

“Sin embargo, la aplicación textualista de estas reglas presenta dificultades en situaciones complejas, dado que si bien es lúcido que sea una de las partes quien deba asumir la carga, en relación a la posición sustancial que ocupa respecto del resultado que persigue; con frecuencia se presentan eventos en que sencillamente no dispone del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones y sobre el que el juez debe formar su propio convencimiento”⁵⁹.

En efecto, si atendemos a estas reglas generales de distribución del *onus probandi*, nos percatamos que “su aplicación indiscriminada, sin atender a las circunstancias del caso concreto, puede provocar que se desvirtúe dicha finalidad”. “Por el hecho de tratarse de una regla general tiene que admitir la entrada en juego de toda una serie de supuestos de acomodación de la regla a los casos concretos”⁶⁰.

¿Qué sucede en aquellos casos en que la aplicación estricta de estas reglas conlleva un resultado notoriamente injusto?⁶¹, ¿es posible que el juez, en tal caso, invierta el

⁵⁷ URIARTE CODÓN, ANER, “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, en AA.VV., *Objeto y carga de la prueba civil*, JM Bosch Editores, Barcelona, 2007, pág. 103.

⁵⁸ *Supra*, Cap. I, N° 2.

⁵⁹ TRUJILLO CABRERA, JUAN, *La carga dinámica de la prueba*, Editorial Leyer, Bogotá, 2006, pág. 59.

⁶⁰ MONTERO, J., ob. cit., pág. 121.

⁶¹ “Piénsese en la situación que se produciría si uno de aquellos humildes sujetos que deambulan por las calles de nuestros países latinoamericanos, recolectando papeles, cartones o vidrios, para venderlos a las empresas que los reciclarán, sostuviera haber entregado más kilos de los que efectivamente le han pagado. ¿Sobre quién corresponde imponer el peso de la prueba, sobre ese modesto personaje de bajísimo nivel cultural -tal vez analfabeto- o sobre la empresa cuyo sistema informático registra, al instante y con total fidelidad, todo ingreso de materias primas a su proceso productivo?”

resultado obtenido con la aplicación de estas reglas?

“Pues bien, ¿cómo reaccionar, qué hacer, cuando se llega al convencimiento que la irrestricta aplicación del principio impedirá efectivamente impartir justicia?”⁶²

En función de estos cuestionamientos y, por supuesto, de los resultados notoriamente injustos a los que se arribó en algunos procesos, es que surgió la idea de dotar de flexibilidad a las reglas generales distributivas de la carga de la prueba. Principios de facilidad y disponibilidad probatoria al decir de la doctrina y jurisprudencia españolas, teoría de las cargas probatorias dinámicas para la ciencia procesal argentina; ambas manifestaciones serán estudiadas más adelante⁶³.

Sea cual fuere la denominación que adoptemos, la idea es que los Tribunales, atendiendo a las circunstancias de cada caso “procedan a distribuir la carga de la prueba de la manera más equitativa posible, de modo que evite la indefensión a la que puede llevar a alguna de las partes si se aplica rígidamente el expediente de decisión”⁶⁴. Esto se produciría “fundamentalmente como consecuencia de una desigualdad material que ocasione que alguna de ellas se encuentre en una posición de debilidad frente a la otra y, en consecuencia, se la sitúe en una posición de indefensión”⁶⁵.

En España “la jurisprudencia viene realizando una interpretación amplia y flexible de las reglas sobre carga de la prueba para evitar que la aplicación estricta de la regla de juicio pueda producir situaciones procesales injustas para alguna de las partes”⁶⁶.

En términos generales, lo que ha señalado la jurisprudencia española se encuentra contenido en la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2004, en la que se afirma que “la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte”⁶⁷.

“La necesidad de solucionar el problema que surge cuando uno de los litigantes se encuentra en una difícil o imposible situación probatoria, lleva a flexibilizar las normas de

¿Puede el Derecho -entiéndase el ordenamiento jurídico, el legislador y los operadores- ser indiferentes a esa realidad abrumadora y, literalmente, encogerse de hombros invocando el principio tradicional “Incumbe...” etc.?”. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “Variaciones sobre la prueba en el proceso (viejos y nuevos temas probatorios”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo XCV, págs. 53 y 54.

⁶² *Idem*, pág. 53.

⁶³ *Infra*, Cap. III, N° 2 y 3.

⁶⁴ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., págs. 142 y 143.

⁶⁵ *Idem*, pág. 143.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

aplicación general, con objeto de no causar indefensión a esa parte”⁶⁸. En el caso español nos encontramos con estos principios “de creación y elaboración jurisprudencial, asumidos después en forma expresa por el legislador”⁶⁹.

La flexibilización de estas normas puede provenir de tres fuentes: ya sea por vía legislativa, “estableciendo reglas específicas en distintos textos legales”⁷⁰; ya sea por vía convencional, siendo las partes quienes regulan “de manera indirecta las normas de la carga de la prueba que rijan su relación contractual”⁷¹, lo que es discutible que puedan hacer, ya que al menos para algunos las reglas de *onus probandi* son normas de orden público y, por tanto, indisponibles por las partes (tema que excede las pretensiones de nuestro estudio); o bien, puede provenir de la vía jurisprudencial, que es la que nos interesa, y que estudiaremos.

Han sido fundamentalmente ciertos casos de responsabilidad civil extracontractual y de responsabilidad civil médica los que han dado origen al postulado de dotar de flexibilidad a las normas distributivas de *onus probandi*.

2. Principio de facilidad y disponibilidad probatoria. Fundamento

Para comenzar el estudio de estos principios, en primer lugar atenderemos a su origen. Ellos fueron proclamados - bajo esta denominación - por la jurisprudencia española, la que, bajo la vigencia del derogado art. 1214 CC español⁷² señaló que “los principios a que respondía la norma distributiva de la carga de la prueba no eran absolutos ni inflexibles, sino que debían adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte”⁷³, “para lo cual es necesario que se analicen detenidamente las circunstancias concurrentes en cada caso, lo que da cuenta del necesario casuismo que caracteriza esta materia”⁷⁴.

Como puede apreciarse, ambos principios fueron acuñados conjuntamente, en aras de dar flexibilidad a los criterios distributivos de la carga de la prueba. “Se trata de dos principios cuyo origen y desarrollo se encuentra en la jurisprudencia, aunque finalmente la LEC los haya elevado al carácter de norma legal”⁷⁵. Sin embargo, poco a poco se ha ido diferenciando el alcance y fundamento de cada uno de ellos.

⁶⁸ URIARTE, A., ob. cit., pág. 106.

⁶⁹ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 144.

⁷⁰ URIARTE, A., ob. cit., pág. 107.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”.

⁷³ URIARTE, A., ob. cit. Pág. 79.

⁷⁴ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 119.

⁷⁵ *Idem*, pág. 124.

Cabe destacar que la aplicación de ambos principios es subsidiaria, esto es, “sólo entran en juego, si llegado el momento de dictar sentencia, el juez, tras valorar la prueba practicada, considera que los hechos fundadores de las pretensiones de las partes permanecen inciertos”⁷⁶, como tuviéramos ocasión de fundamentar precedentemente⁷⁷.

“Estos criterios, similares pero no coincidentes (como tendremos ocasión de analizar), tienen un claro fundamento constitucional, cual es la prohibición de indefensión consagrada en el art.24 C.E.”⁷⁸ ⁷⁹. En nuestro ordenamiento jurídico positivo no encontramos una norma que consagre la prohibición de indefensión en términos similares, pero pudiéramos entenderla comprendida en lo dispuesto por el constituyente en el art. 19 N° 3 inc. 1° CPR, “la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Por otro lado, “adviértase que estos principios no son operativos si no se da una posición de contraste. Esto implica que la disponibilidad o facilidad probatoria de una parte carece de significado si la contraparte se halla en idéntica posición de disponibilidad o facilidad”⁸⁰.

No podemos comenzar el estudio particular de cada principio sin antes señalar que el principio de facilidad probatoria es de mayor alcance que el de disponibilidad, por cuanto “si bien todos los casos de disponibilidad entran también en el campo de actuación del principio de facilidad, no todos los supuestos a los que cabe aplicar el principio de facilidad reúnen las condiciones para aplicar el de disponibilidad probatoria”⁸¹. Es así como en primer lugar estudiaremos el principio de disponibilidad y luego el de facilidad, pues nos parece que de este modo se permite una mejor comprensión de los mismos.

“El principio de disponibilidad -siguiendo a Asencio Mellado- implica que la parte contraria a la que, según las reglas generales, tiene la carga de probar es la que tiene en su poder la prueba necesaria para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión de la contraparte”⁸². Dicho de otro modo, “es la contraparte la que posee el medio probatorio o, incluso, aun gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menos entidad para

⁷⁶ URIARTE, A., ob. cit., pág. 80.

⁷⁷ *Supra*, Cap. I y II.

⁷⁸ *Idem*, pág. 84.

⁷⁹ Artículo 24.1 C. E.: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁸⁰ URIARTE, A., ob. cit., pág. 85.

⁸¹ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 146.

⁸² *Idem*, pág. 158.

probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra”⁸³. Para graficar lo señalado por este autor, podemos mencionar como ejemplo la situación que se produce en los juicios de reclamación de paternidad, concretamente respecto a la prueba pericial biológica, ya que el presunto padre, y demandado, es el único sujeto de aportar la prueba determinante al proceso. Puede incluso señalarse que fueron estos casos los que dieron origen a este principio en la jurisprudencia española.

“Muñoz Sabaté considera también que la indisponibilidad negligente, entendiendo como tal la falta de previsión en la preconstitución o conservación de una prueba sobre un hecho que pudiera resultar favorable a la contraparte, puede devenir, a veces, equivalente en sus efectos a una plena disponibilidad”^{84 85}.

Hay autores que dan un mayor alcance a este principio, éste aludiría “a una situación que ha denominado “de cercanía, acceso o contacto con el litigante” con la fuente de prueba en virtud de la cual éste podría incorporarla al proceso sin grandes obstáculos”⁸⁶. Partidario de esta tendencia es Muñoz Sabaté, como puede inferirse de lo señalado en el párrafo anterior.

Nosotros somos partidarios de entender el principio de disponibilidad probatoria en un sentido o alcance restringido, toda vez que no sólo permite una mejor diferenciación de este principio con el de facilidad probatoria, sino que si diéramos este amplio alcance al principio de disponibilidad éste absorbería los supuestos de aplicación del principio de facilidad. A nuestro entender, el principio de disponibilidad entendido en un sentido amplio, irrumpiría, en ciertos casos, en el campo del principio de facilidad.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que puede haber una disponibilidad material o intelectual. La disponibilidad material consiste “en un acceso exclusivo a la fuente o al

⁸³ URIARTE, A., ob. cit., pág. 85.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Así quedó plasmado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 09.05.97, lo que también nos permite ilustrar de una mejor manera esta idea. “El caso enjuiciado en esta sentencia parte de un contrato de alquiler de cajas de seguridad celebrado por dos hermanos con el Banco B. Fallecido uno de ellos, el Banco autorizó a su heredero a retirar los objetos que había en el interior de la caja, sin la presencia del hermano co-arrendatario del contrato de alquiler. Este último interpuso demanda exigiendo una indemnización de 5 millones de pesetas por los perjuicios causados, perjuicios que no pudo acreditar en su integridad. Sin embargo, señala la Audiencia en su fto jco 6º “*en el presente supuesto el demandante, co-arrendatario, de la caja de seguridad, se ve privado, por la propia actuación negligente y anómala del mismo Banco, de la posibilidad de acreditar cuáles han sido los concretos perjuicios que se le causaron, esto es, de qué bienes o documentos se ve privado a consecuencia del vaciamiento de la caja de seguridad realizada a sus espaldas por un tercero y con el pleno consentimiento del Banco. Por tanto, no se puede ahora pretender por el propio Banco, causante de esta imposibilidad de objetivación de los daños con su actuación, obligar al actor a practicar una prueba diabólica que consistiría en acreditar qué era lo que concretamente quedaba en la caja*”. *Ibidem*.

⁸⁶ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 158.

medio de prueba”⁸⁷, y la disponibilidad intelectual “se produce cuando la parte es la única que conoce el dato que hay que incorporar al proceso”⁸⁸.

Para obtener la aplicación del principio de disponibilidad probatoria no es menester que una parte carezca de toda probanza, es decir, que no tenga prueba alguna en su poder, sino “que éstos no tengan la suficiente entidad para acreditar, por sí solos, su pretensión”⁸⁹, para dar por suficientemente probado un hecho. Esto porque “la aplicación del principio de disponibilidad tiene como finalidad última evitar la clara situación de indefensión que se produciría si la parte que tiene en su poder un medio de prueba del que no dispone la parte a que favorece impidiese - con una actitud obstruccionista carente de justificación alguna - la introducción de dicha prueba en el proceso”⁹⁰.

En definitiva, “es la situación de indefensión que se produce para quien no puede emplear todos los medios de prueba pertinentes para su defensa (...), así como el deber de colaboración con la Administración de Justicia”⁹¹ los que autorizan al juez a aplicar este principio y así “imponer las consecuencias negativas de la falta de prueba a la parte obstruccionista”⁹². Como lo ha señalado el TC español, quien tiene esta disponibilidad probatoria tiene el deber de colaborar “a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad”⁹³ o, como diríamos nosotros, dar por suficientemente acreditado un hecho.

En suma, en virtud de la aplicación del principio de disponibilidad probatoria, lo que sucede es que “aunque la regla general de distribución de la carga de la prueba implique que la parte que no acredita su pretensión ha de sucumbir en la situación que se acaba de describir, el órgano jurisdiccional puede hacer recaer sobre la contraparte las consecuencias desfavorables de la falta de prueba”⁹⁴.

Ahora bien, como tuviésemos ocasión de señalar, el principio de facilidad probatoria “constituye un criterio más amplio y comprensivo del anterior”⁹⁵, y “es aplicable en los casos en los que, aunque la parte que tiene la carga de probar un hecho pueda acreditarlo, a la contraparte le resulta mucho más fácil aportar dicha prueba”⁹⁶.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Idem*, pág. 160.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ URIARTE, A., ob. cit., pág. 85.

⁹⁶ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 148.

De este modo, y según lo entiende la jurisprudencia española, el principio de facilidad dice relación con “la posición que cada parte ocupa respecto de la prueba de un determinado hecho”⁹⁷. Generalmente, cada parte deberá probar los supuestos fácticos contemplados en una norma, para así obtener la aplicación al caso concreto de la consecuencia jurídica prevista en la misma. En otras palabras, “lo más sencillo es que cada parte acredite los hechos que le son favorables”⁹⁸, cuestión que, en todo caso, es lo que ha buscado respetar el legislador al establecer las reglas generales de distribución de la carga de la prueba, siguiendo de este modo la premisa del principio de facilidad.

“Pero, en ocasiones, aunque cada parte pueda probar los hechos que le son favorables, la parte contraria a la que le corresponde probar un determinado hecho puede aportar dicha prueba más rápidamente o más fácilmente, por lo que sobre ella deben recaer las consecuencias de la falta de prueba de tal hecho”⁹⁹. Este es el sentido que la jurisprudencia española ha dado a este principio.

Con todo, no hay unanimidad en cuanto al alcance del principio de facilidad, por cuanto hay autores que le dan una amplitud mayor a la que le da la jurisprudencia, abarcando no sólo los casos señalados por ésta, sino “también todos aquellos en los que ésta puede aportarla con un menor coste económico, de forma más fiable o asegurando su práctica más que la parte a la que beneficia dicha prueba”¹⁰⁰. Esto en atención a que “el estado social se opone a que la sociedad haya de asumir cualquier gasto que favorezca maniobras obstruccionistas o dilatorias”¹⁰¹.

Ahora bien, si seguimos esta corriente doctrinal, el principio de facilidad diría relación con el comportamiento de las partes en el proceso, más allá de la posición de cada una en éste. Así, no sólo habría que determinar la posición de cada parte en el proceso, sino que “hay que determinar también si dicha parte actúa o no con el principio de buena fe procesal”¹⁰².

De este modo, al darle un mayor alcance al principio de facilidad probatoria, esta corriente doctrinal también exige más de la parte beneficiada con su aplicación, toda vez que no sólo atiende a una situación de hecho - su posición en el proceso -, sino que apunta primordialmente al comportamiento que ha observado, exigiéndole que ajuste su actuar al *standard* de la buena fe procesal. “En efecto, el principio de la buena fe procesal exige que aquel a quien le resulte más fácil la prueba de un hecho colabore activamente en la

⁹⁷ *Idem*, págs. 146 y 147.

⁹⁸ *Idem*, pág. 147.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ URIARTE, A., ob. cit., pág. 86.

¹⁰² FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 148.

acreditación del mismo”¹⁰³.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que al dar este alcance al principio en estudio, el objetivo buscado con su aplicación se vería frustrado. Si otorgar igualdad de armas a las partes, como parte integrante de su derecho a la defensa, y más aún, de lo que se entiende por debido proceso, lleva a atentar manifiestamente contra la seguridad jurídica, entonces no nos mostramos partidarios de dar este alcance amplio al principio de facilidad probatoria.

Lo anterior en el entendido que la seguridad jurídica “es uno de los objetivos más importantes del ordenamiento jurídico y consiste en dar estabilidad al ejercicio y goce de los derechos adquiridos y a prevenir y garantizar que sus titulares no sean privados de ellos”¹⁰⁴.

La vulneración a la seguridad jurídica se produciría toda vez que entendemos como parte integrante de aquella no sólo el hecho que el órgano jurisdiccional debe resolver todos los asuntos sometidos a su conocimiento, sino que más aún, debe hacerlo siguiendo ciertos criterios uniformes, provenientes no sólo de la regulación legal, sino que también de la interpretación y aplicación que los tribunales dan a sus facultades. “Pues bien, si el juzgador aplica estos criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, la parte perjudicada por esta aplicación (y que razonablemente confió, para fijar su estrategia procesal, en los criterios de distribución...) únicamente va a tener conocimiento efectivo de la aplicación de los mismos una vez que ya se ha dictado sentencia”¹⁰⁵.

Es así como entendemos que “la mejor posición de la parte para probar el hecho ha de ser muy clara, y así lo ha de justificar el órgano jurisdiccional al motivar la sentencia en la que invierta en su perjuicio la carga de la prueba”¹⁰⁶; todo esto para evitar vulnerar la seguridad jurídica¹⁰⁷, “elemento esencial para la paz social y para el desarrollo económico, social y cultural de un país”¹⁰⁸; teniendo presente además que “se evitarían así futuros recursos contra la sentencia, pues no podrían ampararse en una supuesta indefensión

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ CALDERA DELGADO, HUGO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001, t. I, pág. 82.

¹⁰⁵ URIARTE, A., ob. cit., pág. 87.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 148.

¹⁰⁷ En este sentido, véase SQUELLA, A., ob. cit., págs. 534 y ss. Sostiene el autor que el derecho provee seguridad jurídica en cuanto orientación, orden, previsibilidad y protección. Concretamente, al referirse a que el derecho provee seguridad jurídica en cuanto previsibilidad, señala que “allí donde rige un ordenamiento jurídico que es en términos generales eficaz, los correspondientes sujetos normativos saben a qué atenerse, es decir, conocen lo que el Derecho demanda de ellos y de los demás sujetos y están informados acerca de cuáles serán las consecuencias de los actos que ejecuten en el curso de la vida en sociedad”.

¹⁰⁸ CALDERA, H., ob. cit., pág. 82.

provocada por la improvisada inversión judicial de la carga de la prueba”¹⁰⁹.

Es así como, para obtener la aplicación de este principio en un proceso concreto, existen las siguientes posibilidades: o es el legislador, quien a través del establecimiento de una norma o de una presunción “cargan con la prueba del hecho a quien le resulte más fácil”¹¹⁰, o bien, en defecto de estas reglas legales especiales, el juez, ante la falta o insuficiencia probatoria de un hecho, invierte la carga de la prueba, lo cual podrá también hacerlo directamente o a través de una presunción judicial: “el juez, al aplicar el expediente formal de la carga de la prueba, presume un hecho que - de acuerdo con el principio de facilidad - hubiera sido de muy difícil prueba, de modo que ante la falta de acreditación de lo contrario por la parte perjudicada por la presunción dicta una resolución por la que se le atribuyen las consecuencias desfavorables”¹¹¹.

Para dejar clara la línea divisoria de ambos principios, podemos señalar que “mientras el principio de facilidad supone que a una parte le resulta más fácil probar un hecho que a la parte a la que le corresponde la carga de probarlo, el principio de disponibilidad implica no sólo una mayor facilidad, sino la posibilidad - en exclusiva - de acreditar fehacientemente ese hecho o, mejor dicho, el hecho contrario al que le correspondería probar a la otra parte”¹¹². Esta distinción no sólo nos ilustra sobre la diferenciación de ambos principios, sino que también de lo que constituye el núcleo conceptual de cada uno de ellos.

Como hemos analizado, la consecuencia de aplicar estos principios es que la falta o insuficiencia probatoria de un hecho no va a perjudicar a la parte que tenía la carga de probarlo conforme a las reglas generales. “Ahora bien, la carga de la prueba del hecho no se invierte”¹¹³. Esto quiere decir que el juez, al aplicar cualquiera de estos principios no coloca sobre la contraparte - aquella que tiene mayor facilidad o disponibilidad probatoria - la carga de la prueba de ese hecho. “Lo que se hace, en puridad, es eliminar el hecho cuya prueba resulta muy difícil para la parte, del elenco de aquellos hechos cuya carga de la prueba corresponde a la misma”¹¹⁴, colocándolos dentro del elenco de aquellos hechos cuya carga de la prueba corresponde a su adversario, por tener a su disposición el medio probatorio o serle más fácil su prueba.

“En última instancia, lo que se pretende con estos correctivos es que las partes cuenten en el proceso con igualdad de armas, de modo que factores externos como la mayor facilidad o disponibilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes no

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 148.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Idem*, pág. 149.

¹¹² *Idem*, pág. 159.

¹¹³ URIARTE, A., ob. cit., pág. 82.

¹¹⁴ *Ibidem*.

condicionen el resultado final del litigio”¹¹⁵.

3. Cargas probatorias dinámicas. Fundamento

A diferencia de lo expuesto respecto de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, donde el juez no invierte la carga de la prueba, la teoría de las cargas probatorias dinámicas constituye una forma de desplazamiento de la carga de la prueba.

Peyrano, uno de los máximos exponentes de esta teoría, señala que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas “importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”¹¹⁶.

En otras palabras, “esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla”¹¹⁷. “Ejemplo de carga probatoria dinámica es la regla según la cual, a falta de prueba, se supone que los hechos ocurrieron como suceden normal y regularmente. Quien sostenga lo contrario deberá probarlo”¹¹⁸.

Hay quienes sostienen que en virtud de la teoría de las cargas probatorias dinámicas la carga de la prueba recae sobre ambas partes, y hay quienes no. Acabamos de exponer a quienes estiman que en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, pero también hay quienes sostienen que la aplicación de esta doctrina “no significa que todos los hechos alegados deberán ser probados por una parte o por otra o por ambas, sino que en el caso concreto recaerá la carga de la prueba en quien esté en mejores condiciones de probar determinado hecho”¹¹⁹.

Sea que la carga de la prueba recaiga sobre una o ambas partes, creemos que lo que hay tras la aplicación de esta doctrina es una inversión judicial de la carga de la prueba, “se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentra en mejores

¹¹⁵ *Idem*, pág. 86.

¹¹⁶ PEYRANO, JORGE W., “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 20.

¹¹⁷ LÉPORI, I., *ob. cit.*, pág. 60.

¹¹⁸ CARBONE, CARLOS ALBERTO, “Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción”, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 209.

¹¹⁹ AIRASCA, IVANA MARÍA, “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 136.

condiciones para producirla”¹²⁰.

En todo caso, esta teoría “no elimina ni reemplaza a las clásicas reglas de atribución de la carga probatoria”¹²¹, “sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad”¹²².

Esta doctrina nació en el seno de la jurisprudencia argentina. Sin embargo, junto con el reconocimiento paulatino de sus postulados, “se ha buscado destacar que su aplicación es procedente sólo *in extremis*; vale decir, cuando la utilización del reparto legalmente previsto del *onus probandi* genera consecuencias claramente inconvenientes e inicuas”¹²³.

En consecuencia, el juez, para aplicar esta doctrina de las cargas probatorias dinámicas, siempre frente al supuesto de falta o insuficiencia de prueba, valora las posiciones de ambas partes, ya sea de aquella que alegó un determinado hecho como de su adversario. “El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su afirmación y, la contraparte, hallarse en una posición de gran facilidad para derribar el hecho discutido por aquél”¹²⁴.

En cuanto al origen de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, “la manifestación más antigua de la teoría data de 1823 y fue expuesta por el filósofo inglés Bentham”¹²⁵. Este filósofo práctico postuló que “la carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos”¹²⁶. Si bien fue el primero en formular esta idea, proponía también “una comparecencia inicial de las dos partes ante el juez”¹²⁷, en otras palabras, para determinar cuál de las partes se encontraba en esta mejor situación, a diferencia de la doctrina en análisis - donde el juez analiza esta mejor posición al final del proceso, cuando debe dictar sentencia -, las partes debían revelar al juez en esta comparecencia inicial ante él el material probatorio que tenían a su disposición.

¹²⁰ TAVOLARI, R., ob. cit., pág. 54.

¹²¹ BARBERIO, SERGIO JOSÉ, “Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?”, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 100.

¹²² LÉPORI, I., ob. cit., pág. 60.

¹²³ PEYRANO, J., ob. cit., pág. 21.

¹²⁴ GARCÍA GRANDE, MAXIMILIANO, *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*, Editorial Juris, Buenos Aires, 2005, pág. 43.

¹²⁵ *Idem*, pág. 45.

¹²⁶ BENTHAM, JEREMÍAS. *Tratado de las pruebas judiciales, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont*, traductor M. Ossorio, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1959, pág. 149.

¹²⁷ *Ibidem*.

Respecto al fundamento de las cargas probatorias dinámicas existe nutrida doctrina¹²⁸. Por exceder los límites de nuestro trabajo, toda vez que lo desvirtuaría, sólo nos referiremos brevemente al tema. En este tema concordamos con aquellos que señalan “la justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces, a mi entender, el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”¹²⁹. “El principal deber del juez es dictar una sentencia justa, lo más justa posible”¹³⁰.

Sin embargo, la equidad no es el único fundamento de esta teoría; también encontramos la responsabilidad del juez en el proceso, ya que todas las normas legales que regulan su actividad “hace a la esencia de la magistratura el impedir que el más fuerte, o el que tiene una posición ventajosa (...) saque provecho de ello en el proceso y en detrimento del más débil”¹³¹; también se fundamenta en la actitud de las partes en el proceso “una vez dentro del proceso, tanto las partes como sus defensores tienen el deber procesal de conducirse con lealtad, probidad y buena fe”¹³², todos los cuales alcanzan “al deber de colaborar en materia de prueba para que el juez pueda alcanzar la verdad”¹³³.

“Entonces, al conjugar armónicamente las tradicionales reglas de la carga de la prueba con la justicia en el caso concreto, los deberes del juez y los deberes de conducta procesal de las partes, se obtienen las bases o fundamentos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”¹³⁴.

En suma, reflejando una visión solidarista y de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en lo referente a la aportación de la prueba, y unido al valor que el juez le otorga a la conducta de las partes, esta doctrina se incorpora como un elemento más de convicción¹³⁵, “se trata de un régimen de prueba que desiguala a los desiguales”¹³⁶.

Cabe destacar que estos postulados fueron difundidos rápidamente y tuvieron un alto grado de aceptación en la jurisprudencia argentina, tanto así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación la aceptó en forma explícita, lo que colaboró fuertemente a su expansión, sobretodo en el ámbito del Derecho Civil. “En realidad lo que se busca es darle

¹²⁸ Al respecto, véase LÉPORI, I., ob. cit., pág. 61 y ss.; AIRASCA, I., ob. cit., pág. 141 y ss. y TRUJILLO, J., ob. cit., pág. 35 y ss.

¹²⁹ LÉPORI, I., ob. cit., pág. 66.

¹³⁰ CABONE, C., ob. cit., pág. 207.

¹³¹ LÉPORI, I., ob. cit., pág. 68.

¹³² *Idem*, pág. 67.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Idem*, pág. 68.

¹³⁵ TEPSICH, MARÍA BELÉN, “Cargas probatorias dinámicas”, en AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 165.

¹³⁶ *Idem*, pág. 159.

cabida a una nueva cultura procesal en materia de producción del material probatorio”¹³⁷, sin descuidar la doctrina tradicional, pero complementándola, en aras de arribar a decisiones más justas.

Pese al alto grado de aceptación jurisprudencial que esta teoría tuvo una vez acuñada, la ciencia procesal argentina no es unánime en cuanto a su aceptación. Muchos cuestionan la aplicación de las cargas probatorias dinámicas. Pasaremos revista a sus principales argumentos.

En primer lugar, argumentan que las cargas probatorias dinámicas “no pueden determinar el sentido de la sentencia, ya que ésta, de no haber prueba eficaz, debe motivarse por las presunciones del derecho de fondo”¹³⁸ y no por las teorías de distribución del *onus probandi*. Esto en el entendido que estas presunciones constituyen reglas distributivas de la carga de la prueba.

La idea que subyace es que “el incumplimiento del *onus probandi* no puede resolver el juicio”¹³⁹, “el Tribunal debe resolver a favor de quien presumía su liberación y dicha presunción no fue destruida con prueba en su contra”¹⁴⁰.

Sería una suerte de aplicación del principio de inocencia, imperante en materia penal, al proceso civil. Sabemos que no existe en nuestro ordenamiento una norma legal que consagre que el juez debe resolver a favor de quién presumía su liberación, tampoco la hay en el ordenamiento argentino; pero también es sabido que lo normal es que una persona no se halle obligada a otra, razón por la cual, al decir de estos autores, si no hay prueba de la obligación, no puede haber sentencia condenatoria.

Otro de los argumentos de los detractores de la teoría de las cargas probatorias dinámicas es que, mientras no se den los supuestos de aplicación de las presunciones judiciales y de las presunciones simplemente legales, “la carga probatoria no puede ser invertida; y este tipo de inversión, que no admitimos, es la que pretende la teoría de las cargas probatorias dinámicas”¹⁴¹. Recordemos que para esta corriente las reglas distributivas de la carga de la prueba provienen del Derecho sustantivo, y no de las normas de Derecho Procesal.

Por otro lado, también se hacen cargo del principal fundamento de esta teoría, la justicia del caso concreto. Señalan que “no puede haber un salto donde el juez esquivе el

¹³⁷ PEYRANO, MARCOS L., “La teoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’ en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)”, en AA.VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 185.

¹³⁸ GARCÍA, M., ob. cit., pág. 58.

¹³⁹ *Idem*, pág. 51.

¹⁴⁰ *Idem*, pág. 52.

¹⁴¹ *Idem*, pág. 76.

sentido de la ley buscando el sentido de la justicia”¹⁴². Al respecto argumentan que por el colapso judicial es imposible que el juez se aboque al conocimiento pormenorizado de cada causa y agregan que “si la justicia es el reflejo más cercano a las soluciones de las necesidades sociales en un momento histórico dado, debe ésta ser buscada por un organismo parlamentario y no por una sola persona, como es el juez”¹⁴³.

Por último, agregan que quizás con esta doctrina pudiese vulnerarse el principio constitucional según el cual nadie puede ser coaccionado a declarar en su contra, concordando en este sentido con Mattiolo; “la regla según la cual cada una de las partes debe probar los hechos en que se apoya su intención jurídica, no sufre excepciones en el caso de imposibilidad o de suma dificultad de probar”¹⁴⁴. Por lo demás, cada vez que el juez arribe a una solución notoriamente injusta, el ordenamiento le provee los medios necesarios para evitarlo, razón por la cual no sería necesario recurrir a la aplicación de esta doctrina.

Luego de analizar los principios de disponibilidad y facilidad probatoria y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, como manifestaciones de la flexibilización de la carga de la prueba, podemos sostener - con mayor propiedad - que nos parece más acertado el camino seguido por la doctrina y jurisprudencia españolas, pues permite delimitar con mayor precisión sus supuestos de aplicación, sin vulnerar, a lo menos conceptualmente, la seguridad jurídica. Además, creemos que dotar de tal poder al juzgador, que le permita invertir la carga de la prueba prácticamente al arbitrio de lo que éste considera justo o injusto, irrumpe en el ejercicio del poder legislativo, atentando - incluso - contra la noción de separación de los poderes, imperante hoy en todo régimen democrático.

¹⁴² *Idem*, pág. 82.

¹⁴³ *Idem*, pág. 100.

¹⁴⁴ *Idem*, pág. 98.

CAPITULO CUARTO

COMPATIBILIDAD DE LA REGLA DE JUICIO CON LOS PRINCIPIOS DE FACILIDAD Y DISPONIBILIDAD PROBATORIA.

SITUACIÓN EN CHILE

1. Regla de juicio y principios de facilidad y disponibilidad probatoria

Como tuviéremos ocasión de señalar¹⁴⁵, la regla de juicio es una norma de carácter procesal que ilustra al juez sobre el contenido de la sentencia que debe pronunciar, en todos aquellos supuestos de falta o insuficiencia probatoria. Si una parte no logra probar - en un grado suficiente - los supuestos fácticos de la norma que invoca, cuyas consecuencias jurídicas persigue, entonces así deberá declararlo el juez en su sentencia, rechazando la pretensión de esa parte. Así las cosas, se afirma que “las normas de carga de la prueba distribuyen el riesgo de sufrir ese perjuicio entre las partes”¹⁴⁶. Es la herramienta con que el ordenamiento jurídico provee al juez para que éste pueda cumplir con su obligación de dictar sentencia en todo caso, en virtud del establecimiento de la prohibición del *non liquet*, o principio de inexcusabilidad.

Al respecto, debemos recordar que la aplicación de la regla de juicio es subsidiaria. “En el supuesto de que aquellos elementos fácticos que fundamenten las pretensiones ejercitadas se hayan probado (independientemente de cual de las partes haya desplegado la iniciativa probatoria), no será necesario acudir a la doctrina que nos ocupa, y el juez procederá a aplicar, a partir de los mismos, el Derecho, y estimar o desestimar la demanda correspondiente”¹⁴⁷.

La pregunta que enfrentamos ahora es: ¿de dónde provienen estas reglas? Si afirmamos que las reglas distributivas de la carga de la prueba sólo las puede establecer el legislador, entonces, bajo una primera mirada, debiéramos sostener que la aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria serían incompatibles con la aplicación estricta de dicha regla de juicio. En cambio, si nos inclinamos por la postura de que estas reglas son provistas por el ordenamiento jurídico en su conjunto, del cual forman parte integrante la actividad legislativa, jurisprudencial y convencional, entonces podríamos admitir al menos cierta compatibilidad entre ambos.

En primer lugar, debemos dejar sentado que hay quienes entienden que esta regla de juicio que indica al juez en qué sentido ha de dictar su sentencia los hechos que

¹⁴⁵ *Supra*, Cap. I, N° 1.

¹⁴⁶ ORTELLS, M., ob. cit., pág. 376.

¹⁴⁷ URIARTE, A., ob. cit., pág. 104.

fundamentan las pretensiones de las partes no se encuentran suficientemente acreditados en el proceso, es una “regla que no pertenece al sistema de la prueba o tarifa legales, sino que al Derecho Procesal”¹⁴⁸. En este sentido se ha dicho que “configurar la carga misma como un tipo de prueba legal, ha conducido a no pocas oscuridades al respecto”¹⁴⁹. Sobre el particular, recordemos que al tratar el tema de la naturaleza de la regla de juicio dijimos que, a nuestro entender, ésta es de carácter procesal¹⁵⁰ y también distinguimos entre la valoración de la prueba y la aplicación de la regla de juicio.

Sin embargo, no todos concuerdan con esta opinión, en el sentido que entienden que sólo la ley puede fijarla. “El juez necesita que la ley le diga cómo debe actuar; y entonces las normas sobre carga de la prueba son una especie de instrucciones dadas al juez para indicarle al juez el sentido de su fallo”¹⁵¹.

Somos de la opinión que la respuesta variará dependiendo del ordenamiento jurídico positivo que se estudie. Sobre el particular, debemos considerar que hay profundas diferencias en cuanto a cuáles son consideradas fuentes formales en cada uno de ellos. Esto en el entendido “si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el Derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho”¹⁵². En este sentido, interpretamos el vocablo Derecho como ordenamiento jurídico, en su conjunto.

Pues bien, en el entendido que la regla de juicio es provista por el ordenamiento jurídico y tiene una naturaleza procesal, nuestra conclusión es que existe la posibilidad de que el juez atempere la rigidez de normas distributivas de origen legal en el seno de un proceso particular. Esto, toda vez que la función primordial del juez es impartir justicia, pero en su búsqueda tampoco debe olvidar que hay otros valores protegidos - que en mayor o menor medida también aspiran a su realización -, como la seguridad jurídica, que no debiesen ser vulnerados proclamando sólo la búsqueda de la justicia del caso concreto, al menos no tan fuertemente.

En consecuencia, creemos que el tratamiento hispánico de la materia resulta compatible en mayor medida con lo que hemos sostenido. En otras palabras, estimamos que son compatibles los principios de facilidad y disponibilidad probatoria con la regla de juicio, toda vez que no se haga un ejercicio abusivo de los mismos. A su vez, éstos comenzaron como una tendencia jurisprudencial que se asentó en la cultura española, razón por la cual no se atentó gravemente contra la seguridad jurídica, hasta el punto que hoy ya

¹⁴⁸ DEVÍS E., ob. cit., pág. 405.

¹⁴⁹ MICHELI, G., ob. cit., pág. 175.

¹⁵⁰ *Supra*, Cap. I, N° 1.

¹⁵¹ EISNER, I., ob. cit., pág. 69.

¹⁵² MONTERO A., ob. cit., pág. 112 y 113.

cuentan con consagración legal.

2. Tratamiento del problema en Chile. Tendencia jurisprudencial de nuestros Tribunales Superiores de Justicia

Doctrina y jurisprudencia nacionales no han tratado el tema de la carga de la prueba desde esta arista. No hay una propuesta jurisprudencial - como ocurrió en España -, donde incluso sus postulados fueron recogidos a nivel legislativo¹⁵³. Debemos, por tanto, conformarnos con lo dispuesto en el art. 1698 inc. 1° CC “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, norma que por lo demás está contenida en un código sustantivo y a propósito de un tema específico, la prueba de las obligaciones; no obstante lo cual ha sido utilizado, forzando la norma en su aplicación, como un criterio general consagrado por el legislador en materia de *onus probandi*.

La doctrina tradicional de nuestros Tribunales Superiores de Justicia dista muchísimo de lo que hemos venido estudiando. La premisa de esta doctrina tradicional se encuentra recogida, entre otros, en el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en autos Rol Ingreso Corte 2609-2005, que conociendo la apelación interpuesta por la tercerista contra la sentencia de 17 de marzo de 2005, rechazó la tercería de dominio interpuesta por ella, en sentencia de 2 de enero de 2009, y que específicamente en su considerando 2° establece “que, al respecto, debe decirse que la dificultad para una de las partes de rendir prueba en el juicio nunca ha sido motivo para eximirla de la carga probatoria de producirla en conformidad al artículo 1698 CC, de manera que este argumento no se sostiene jurídicamente, y de este modo a la tercerista le correspondía acreditar todos los extremos y fundamentos de la acción de dominio entablada, lo que no

¹⁵³ Concretamente, el artículo 217 de la LEC española dispone “Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

hizo, como muy bien lo razonó la juez a quo”¹⁵⁴.

Sin embargo, ha surgido en la doctrina nacional una teoría que está en íntima vinculación con el tema que nos convoca, a propósito de la interpretación del art. 2329 CC. El legislador, en este artículo dispone “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;
3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.”

El postulado a que hemos hecho referencia consiste en lo siguiente: “ese precepto establece una presunción de culpabilidad 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”¹⁵⁵, lo que conlleva - en materia de *onus probandi* - que “la víctima no necesita probar la culpa del autor del daño, ni la relación causal entre éste y aquella; le bastará establecer la existencia del hecho perjudicial”¹⁵⁶.

De este modo, se elimina la culpa o dolo del agente y la relación causal entre éstas y el daño de la lista de hechos que una parte tiene que probar, con lo cual indudablemente se dota de una mayor flexibilidad a la norma del art. 1698 inc. 1° CC. Siguiendo este criterio “será dicho demandado quien deberá probar su irresponsabilidad acreditando que el hecho acaeció sin culpa de su parte, por un caso fortuito, por imprudencia exclusiva de la víctima o de un tercero, etc. En defecto de esta prueba, será condenado a reparación”¹⁵⁷.

Para Barros Bourie “la presunción construida a partir del artículo 2329 presenta ciertas particularidades”¹⁵⁸: “la regla establece esencialmente una alteración del riesgo de la prueba: si nada nuevo se logra probar, el efecto será que el demandante habrá acreditado la negligencia”¹⁵⁹, a lo cual en Derecho comparado se le llama prueba en principio. Así, en su

¹⁵⁴ Jurisprudencia obtenida de la pág. Web www.puntolex.cl, visitada por última vez el 21.04.09, también disponible en www.poderjudicial.cl.

¹⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 212.

¹⁵⁶ *Idem*, pág. 216.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 156.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

opinión, con la cual estamos contestes, se establece un “adecuado equilibrio entre las partes”¹⁶⁰; el demandante no se ve enfrentado a una prueba diabólica o imposible, pero tampoco el demandado se ve privado de la posibilidad de eximirse de responsabilidad. Si logra probarlo, nuevamente vuelve la carga de la prueba al demandante, quien ahora sí que tendrá que probar todos y cada uno de los supuestos de la responsabilidad extracontractual.

Esta norma no siempre fue interpretada así por nuestra doctrina y jurisprudencia. “Inicialmente, la doctrina consideró que el artículo 2329 sólo era una reiteración de la norma del artículo 2314, cuya única peculiaridad consistía en citar algunos ejemplos o casos de aplicación del principio general de responsabilidad por culpa”¹⁶¹. Por muchos años éste fue el postulado unánimemente aceptado¹⁶².

Nada más pensemos que el Código Civil es de 1855 y “la primera explicación del artículo 2329 bajo una hipótesis de presunción de culpa fue formulada por Carlos Ducci en 1936”¹⁶³. Este autor postuló que el art. 2329 CC contiene una presunción de culpabilidad si el daño proviene de actividades caracterizadas por ser peligrosas. “Formuló, entonces, la doctrina de que el inciso 1° del artículo 2329 reconoce la existencia de ‘ciertos daños que, dadas las circunstancias en que se producen, significan por sí mismos el dolo o la culpa de la persona que determinó esas circunstancias...’. Trátase ‘de daños que pueden imputarse a malicia o negligencia de una persona, por el solo hecho de producirse y no necesitan que la referida malicia o negligencia se pruebe’”¹⁶⁴. A este respecto, el propio autor señaló que “la peligrosidad es un indicio de culpabilidad”¹⁶⁵.

Señala el mencionado autor que “una interpretación adecuada del Art. 2329 del CC, debe llevar a la conclusión que él contiene una presunción de responsabilidad con relación con relación a las actividades peligrosas y a las cosas que causan daño. En el primer caso, respecto al que las desarrolla; en el segundo, respecto del que las tiene a su cuidado”¹⁶⁶.

Fue Alessandri quien dio mayor consistencia y permitió una mayor expansión de esta

¹⁶⁰ *Idem*, pág. 157.

¹⁶¹ *Idem*, pág. 147.

¹⁶² “*Alcance y sentido del artículo 2329; similitud o diferencia con el artículo 2314*. a) La regla general de responsabilidad establecida en el artículo 2314 la repite o reitera el artículo 2329. 1. C. Suprema, 26 agosto de 1941. R., t. 39, sec. 1°, p. 203. 2. C. Suprema, 8 septiembre 1954. R., t. 51, sec. 4°, p. 182. Numerosas sentencias contienen parecidas declaraciones, formuladas en forma accesoria y por lo mismo no sólo sin fundamentación, sino también con el laconismo de un dogma lapidario”. En *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, tomo X, 1998, Editorial Jurídica de Chile, pág. 230.

¹⁶³ BARROS, E., ob. cit., pág. 147.

¹⁶⁴ *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, ob. cit., pág. 230.

¹⁶⁵ BARROS, E., ob. cit., pág. 147.

¹⁶⁶ DUCCI CLARO, CARLOS, *Responsabilidad civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pág.100.

interpretación, “siguiendo a la doctrina francesa y especialmente a autores colombianos que postulaban una interpretación más amplia del artículo 2356 CC de ese país”¹⁶⁷, que contiene casi idéntica redacción de nuestro artículo 2329 CC¹⁶⁸. “A juicio del señor Alessandri, esa presunción juega no sólo cuando el hecho dañoso ofrezca caracteres de peligrosidad, sino también cada vez que el daño provenga de un hecho que, por su naturaleza, pueda atribuirse a culpa de su autor, aunque no sea peligroso en sí mismo”¹⁶⁹.

En opinión de Barros Bourie “esta interpretación es la que mejor se aviene con el sentido del artículo 2329. Además, resulta coherente con la evolución del Derecho comparado en esta materia”¹⁷⁰.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia en forma muy lenta y paulatina ha ido recogiendo estos postulados. Así, a vía ejemplar podemos citar la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de septiembre de 2000, que refiriéndose al art. 2329 CC señala que “esta norma establece, a juicio de esta Corte, una presunción general de culpabilidad si el perjuicio causado es consecuencia 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”¹⁷¹, y más adelante agrega que “esta disposición no puede constituir una repetición de la regla general contenida en el artículo 2314 del Código Civil, tanto porque ello supondría una redundancia, cuanto porque la norma se encuentra precisamente inserta al final de las presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas, por lo que sugiere que ella ha querido instituir la regla general en materia de presunción de responsabilidad por el hecho propio”¹⁷².

También la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción se ha pronunciado en este sentido, ha señalado que “la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido reiterativa en cuanto a establecer una verdadera presunción de responsabilidad en el desarrollo de

¹⁶⁷ BARROS, E., ob. cit., pág. 148.

¹⁶⁸ “En una de las sentencias más claras dice el mismo tribunal: ‘El artículo 2341 del Código Civil (similar al art. 2314 del C. Civil chileno) se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad demostrando su diligencia y cuidado, hipótesis en la cual la carga de la prueba corresponde al actor. En cambio, el artículo 2356 (idéntico al artículo 2329 del C. Civil chileno) parte de la base de imputabilidad de culpa de quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla. En tal caso tres factores pueden eximir al demandado de responsabilidad: a) fuerza mayor; b) caso fortuito, y c) intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente. Este elemento extraño puede ser un descuido de la víctima, o sea, la mera culpa de la persona que ha sufrido la lesión’ (Corte Suprema de Colombia, casación, 30 septiembre 1946...)”. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, ob. cit., pág. 232.

¹⁶⁹ *Repertorio de legislación y jurisprudencia*, ob. cit., pág. 231.

¹⁷⁰ BARROS, E., ob. cit., pág. 148.

¹⁷¹ SCHOPF OLEA, ADRIÁN y GARCÍA MACHMAR, *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, pág. 73.

¹⁷² *Idem*, págs. 73 y 74.

actividades peligrosas; y por ello el artículo 2329 es aplicable cada vez que una persona sufre un daño que constituye la razonable consecuencia de haberse dejado de cumplir un deber y que tal omisión es susceptible de perjudicar a terceros. Teniendo la presunción el carácter de simplemente legal, ella pudo haber sido destruida probándose que la causa que originó el daño fue producto de fuerza mayor, del hecho culpable de un tercero o culpa de la víctima, ninguno de cuyos requisitos se encuentra probado en estos autos”¹⁷³.

Siguiendo esta línea también, se la resuelto que “el citado artículo 2329 no se limita a dogmatizar acerca de de la necesidad de los elementos subjetivos de malicia o negligencia para imponer responsabilidad, sino que se anticipa a dar por establecida la concurrencia de los elementos necesarios para imponer dicha responsabilidad cada vez que una persona sufra un daño que constituya una razonable consecuencia de haberse ejecutado un hecho o dejado de cumplir un deber y tal acción u omisión es susceptible de perjudicar a terceros”¹⁷⁴, en sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso y confirmada por la Excelentísima Corte Suprema.

“Las doctrinas que hoy tienden a acogerse son las de Alessandri y Ducci, cuya única nota diferencial ya se subrayó”¹⁷⁵. Sin embargo, esta interpretación no es unánime. Revisaremos brevemente algunos de estos autores.

Meza Barros se pronuncia abiertamente en contra de esta interpretación. Al respecto, señala que “se ha sostenido que el art. 2329 establece una presunción general de culpabilidad 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. No compartimos esta opinión que altera, en el hecho, los fundamentos de la responsabilidad y el sistema mismo del Código”¹⁷⁶.

Corral Talciani precisa “por nuestra parte, no creemos que la regla general del inciso primero del art. 2329 contenga una presunción propiamente tal. Pensamos que lo sostenido por Ducci y Alessandri, seguidos por una parte de la jurisprudencia, no es más que una presunción tautológica (...). Mas, tampoco parece convincente la opinión contraria, que ve en esta norma una mera repetición de la exigencia de culpa contenida en el art. 2314”¹⁷⁷. Propone una tercera interpretación del precepto en comento, señalando que el propósito de su inciso primero “no es otro que el de manifestar la exigencia de la ‘relación de

¹⁷³ *Idem*, págs. 136 y 137.

¹⁷⁴ BARROS, E., ob. cit., pág. 149.

¹⁷⁵ *Repertorio de legislación y jurisprudencia*, ob. cit., pág. 231.

¹⁷⁶ MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho Civil “De las fuentes de las obligaciones”*, Colección de manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, tomo II, página 267.

¹⁷⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 229.

causalidad' que debe existir entre el hecho culpable y el daño producido"¹⁷⁸. No entraremos en el estudio de esta tercera lectura, por cuanto se aparta de nuestro objetivo.

Por último, dentro de quienes no comparten la interpretación de Alessandri y Ducci, nos referiremos a la opinión de Rodríguez Grez, quien señala que “desde luego, el inciso primero (...) no conforma una presunción de culpa, sino un principio general (...). Para que opere esta regla, como resulta obvio, es necesario acreditar la malicia (el dolo) o la negligencia (la culpa). Agrega esta norma tres casos que están precedidos por la oración: “son especialmente obligados a esta reparación”. Es aquí donde creemos hallar tres presunciones que liberan a la víctima de acreditar la culpa, bastándole con probar los hechos a que se alude"¹⁷⁹.

Volviendo a la interpretación sostenida por Alessandri y Ducci, compartida también según vimos por Barros Bourie, veremos las razones que esgrimen para sostener que el artículo 2329 CC contiene una presunción de culpabilidad por el hecho propio. Para Ducci “es indudable que el artículo contiene una presunción de culpa"¹⁸⁰.

En primer lugar se refieren a la ubicación del artículo, “este artículo está ubicado después de una serie de otros artículos que establecen presunciones de culpabilidad y el artículo 2329 termina diciendo ‘por regla general’"¹⁸¹, lo cual puede ser entendido como una norma de clausura de las presunciones de culpa. “Esta es, por lo demás, la única forma de dar sentido y utilidad a la disposición, pues de lo contrario habría que aceptar que se trata de una innecesaria repetición de la regla del artículo 2314"¹⁸². “A este respecto, no debemos olvidar que nuestro Código en el párrafo 4° del Título Preliminar, deja muy en claro que la interpretación debe llevar a encontrar el ‘sentido de la ley’"¹⁸³.

En segundo lugar se alude a la utilización del vocablo “pueda”. “La forma gramatical subjuntiva se refiere a una conducta cuya descripción ya incluye, *en principio* una valoración de negligencia"¹⁸⁴, en otras palabras “cuando es racional suponer que ha podido o debido derivar del dolo o de la culpa del agente, éste debe repararlo, con lo cual se da a entender que mientras no se establezca lo contrario, pesa sobre él esa obligación"¹⁸⁵.

En tercer lugar se alude a los ejemplos que da el artículo en referencia “pues se

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 209.

¹⁸⁰ DUCCI, C., ob. cit., pág. 98.

¹⁸¹ CELIS RODRÍGUEZ, RUBÉN, *Responsabilidad extracontractual*, Librotecnia, Santiago, 2004, pág. 110.

¹⁸² BARROS, E., ob. cit., pág. 150.

¹⁸³ DUCCI, C., ob. cit., pág.101.

¹⁸⁴ BARROS, E., ob. cit., pág. 150.

¹⁸⁵ ALESSANDRI, A., ob. cit., pág. 213.

refieren a hechos que por sí solos son expresivos de culpa”¹⁸⁶, “así el disparo imprudente de un arma de fuego es un acto culpable en sí mismo”¹⁸⁷. En todos estos casos “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”¹⁸⁸.

En cuarto lugar encontramos “la necesidad de que el art. 2329 no sea un precepto inútil y desprovisto de sentido, como sucedería si se limitare a repetir o confirmar la regla del art. 2314”¹⁸⁹. “Sería absurdo que don Andrés Bello, en un mismo título, dictara dos disposiciones para decir lo mismo”¹⁹⁰. A mayor abundamiento, al dar esta lectura “el art. 2329 aparece como un precepto distinto de aquél y de enorme utilidad, como quiera que en ciertos casos relevaría a la víctima del *onus probandi*”¹⁹¹.

En quinto y último lugar, esta presunción se justificaría “por razones de justicia y de economía procesal, pues resulta preferible asumir en principio la negligencia del demandado si los indicios permiten inferir que lo más probable es que el daño se deba a su negligencia”¹⁹². Esto, en el tema que nos atañe “suele tener el efecto de inclinar la carga de la prueba hacia la parte que tiene un mayor control de los antecedentes probatorios”¹⁹³.

Por otro lado, y según lo señala el propio Alessandri “tal interpretación, por lo demás, no viola el texto legal, ni siquiera lo fuerza. Son sus propios términos los que permiten atribuírsela”¹⁹⁴. Alude a una serie de ventajas de su interpretación, entre las que se encuentra la mejor posición en la que se sitúa a la víctima, “pues en numerosos casos no necesitaría probar la culpa del autor del daño”¹⁹⁵; “el campo de aplicación de la responsabilidad se ampliaría también enormemente”¹⁹⁶ y, además, “la responsabilidad presunta pasaría a ser así la regla general y el principio de que no hay responsabilidad delictual o cuasidelictual sin que se pruebe dolo o culpa, la excepción”¹⁹⁷.

En suma, nuestros tribunales no han abordado el tema desde su perspectiva procesal, como tampoco lo ha hecho la doctrina nacional. Sólo encontramos esta interpretación del

¹⁸⁶ BARROS, E., pág. 150.

¹⁸⁷ CELIS, R., ob. cit., pág. 111.

¹⁸⁸ ALESSANDRI, A., ob. cit., pág. 213.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ CELIS, R., ob. cit., pág. 111.

¹⁹¹ ALESSANDRI, A., ob. cit., pág. 213.

¹⁹² BARROS, E., ob. cit., pág. 151.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ ALESSANDRI, A., ob. cit., pág. 217.

¹⁹⁵ *Idem*, pág. 216.

¹⁹⁶ *Idem*, pág. 217.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

art. 2329 CC, que toca el tema que nos convoca, toda vez que al presumirse el dolo o culpa del agente causante del daño, y la relación causal entre el hecho y el daño, liberando de tan difícil prueba al demandante.

Por exceder las pretensiones de nuestro estudio, no daremos una opinión respecto a la arista civil de esta interpretación. En cuanto al aspecto procesal, podemos señalar que valoramos el hecho que nuestros Tribunales Superiores de Justicia se hayan atrevido a aceptar, aunque fuere en forma tímida y paulatina, los postulados de Alessandri y Ducci; destacando entonces, que en Chile la primera manifestación de estas ideas ha provenido de la doctrina y no de la jurisprudencia, a diferencia de lo ocurrido en Argentina y España¹⁹⁸.

¹⁹⁸ *Supra*, Cap. III, N° 2 y 3.

CONCLUSIONES

1. La carga de la prueba se manifiesta en el proceso en una doble dimensión: como regla de juicio para el juez y como regla de conducta para las partes. A diferencia de muchos autores, entendemos que ninguna de ellas es supletoria de la otra. Así, una misma regla distribuidora de la carga de la prueba es al mismo tiempo regla de juicio para el juez y regla de conducta para las partes, pues forman parte de un fenómeno único. La diferencia entre ellas radica no sólo en su destinatario, sino también en qué etapa del proceso ilustra a cada uno de ellos y sobre qué los ilustra.
2. En su vertiente de regla de juicio dirigida al juez, la teoría de la carga de la prueba se manifiesta en el proceso en la fase decisoria, e ilustra al juez ante el problema de la falta o insuficiencia de prueba. Para que el juez aplique las consecuencias previstas en una norma jurídica, las partes deben haber acreditado en el proceso, en un grado suficiente, sus supuestos fácticos. En ese sentido deben orientar su actividad probatoria las partes.

Por ello, si las partes logran acreditar suficientemente que un determinado hecho ocurrió o no ocurrió, no entramos en el campo de aplicación de esta doctrina, sino que en el de la valoración de la prueba.

De este modo, la teoría de la carga de la prueba indica al juez cuál de las partes ha de resultar perjudicada por la falta o insuficiencia probatoria de un hecho determinado.

3. El razonamiento es el siguiente: si las reglas de distribución de la carga de la prueba indican cuál de las partes tiene que probar un determinado hecho para obtener la aplicación de la consecuencia prevista en una norma jurídica (dimensión de la carga de la prueba como regla de conducta para las partes), entonces es esa misma parte la que debe soportar las consecuencias negativas ante la falta o insuficiencia de prueba de ese hecho, esto es, no se aplicará la consecuencia jurídica perseguida por ella, independientemente de su calidad de demandante o demandado. Es el juez el que deberá aplicar ese razonamiento al final del proceso; por ello afirmamos que en esta dimensión la teoría de la carga de la prueba está dirigida a él.

Por todo esto, consideramos que la regla de juicio tiene una naturaleza procesal.

4. Los problemas se presentan a la hora de determinar cuándo el juez debe considerar que un hecho es incierto o, lo que es igual, cuándo se configura la falta o insuficiencia de prueba. Ello dependerá del grado de certeza exigido para la prueba de los hechos. Este punto sólo lo mencionamos, sin analizarlo por exceder los límites del trabajo.

Entendemos que ante la falta o insuficiencia de prueba la consecuencia es la misma: un hecho no probado, lo que determina la aplicación de esta teoría.

5. El fundamento de la regla de juicio lo encontramos en el principio de inexcusabilidad (art. 76 inc. 2° CPR, art. 10 inc. 2° COT), evitando así las resoluciones *non liquet*. La necesidad de acudir al proceso jurisdiccional para resolver los conflictos supone que el Estado garantice el ejercicio obligatorio de esa potestad. Resulta de toda lógica el establecimiento de la regla de juicio como una herramienta esencial para que el juez pueda cumplir con su deber de dictar sentencia en todo caso.
6. En su otra dimensión, la teoría de la carga de la prueba se manifiesta en el proceso como una regla de conducta para las partes, toda vez que les informa cuáles son los hechos que cada una tiene interés de probar para que la expectativa de lograr una sentencia favorable se haga efectiva. En esta dimensión, la carga se manifiesta en la fase de actividad probatoria.
7. El establecimiento de estas reglas es consecuencia de los principios formativos de nuestro sistema procesal civil. Es de la base del proceso civil que la prueba de los supuestos fácticos de las normas cuyas consecuencias se piden sólo puede ser obra de las partes. El juez para dictar sentencia necesita basarse en las pruebas suministradas por las partes.

Es en esta dimensión donde se aprecia el concepto de carga, entendido como un “imperativo del propio interés”. Así, quien no prueba los hechos que tiene que probar, pierde el juicio.

Entonces, las reglas de la carga de la prueba indican a las partes cuál de ellas tiene interés jurídico en que un hecho determinado resulte probado.

8. El fundamento de la regla de conducta está en el principio de aportación de parte. En consecuencia, de las partes debe nacer la iniciativa para que se reciba y se produzca la prueba en el juicio y, por otro, sobre ellas recaen las consecuencias de que los hechos afirmados no lleguen a ser acreditados.

Cabe distinguir el principio de aportación de parte, que -como ya señalamos- está relacionado con un aspecto concreto del proceso civil, la aportación del material fáctico y la prueba, del principio dispositivo, que dice relación con la disposición de los intereses privados, y en que algunos -erróneamente a nuestro juicio- han visto el fundamento de la regla de conducta.

9. La aplicación estricta de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba, sin atender a las circunstancias del caso concreto, puede provocar que se desvirtúe su finalidad, al dar pie para que se arribe a un resultado notoriamente

injusto. Por tratarse de una regla general, tiene que admitir ciertas excepciones que permitan acomodar la regla a cada caso concreto.

En el seno de estas inquietudes surgió la idea de dotar de flexibilidad a las reglas generales distributivas de la carga de la prueba, de manera tal que los tribunales repartan la carga de la prueba de la manera que más equitativa posible, considerando las circunstancias de cada caso, de modo de evitar la situación de indefensión en la que puede quedar una de las partes si se aplica rígidamente el expediente de decisión.

10. Al amparo de estas ideas, la jurisprudencia española proclamó que los principios distributivos de la carga de la prueba no eran absolutos ni inflexibles, sino que adaptables a cada caso según la naturaleza de los hechos y la facilidad o disponibilidad para probar que tenga cada parte.

Estos principios tienen un fundamento constitucional: la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.), y sólo operan en caso de una desigualdad material de las partes, careciendo de trascendencia si ambas partes se hallan en idéntica posición de disponibilidad o facilidad.

11. El principio de disponibilidad implica que la parte contraria a la que tiene la carga de probar un hecho es la que tiene en su poder esa prueba; o bien, aun detentando una parte medios probatorios, éstos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra. En ambos casos puede tratarse de una disponibilidad material o intelectual.
12. El principio de facilidad probatoria es aplicable en los casos en que, aunque la parte que tiene la carga de probar un hecho pueda hacerlo, a la contraria le resulta mucho más sencillo y expedito aportar su prueba. Hay quienes son partidarios de dar un mayor alcance a este principio; nosotros no, por cuanto atenta contra la seguridad jurídica.
13. Es así como entendemos estos principios sólo deben ser utilizados cuando la mejor posición de la parte para probar el hecho sea muy clara, debiendo así justificarlo el juez en su sentencia. Así no sólo no se atenta contra la seguridad jurídica, sino que también se evita la interposición de futuros recursos contra la sentencia e igualmente se dota a las partes de igualdad de armas.
14. La diferencia entre ambos principios radica en que mientras el principio de facilidad supone que mientras a una parte le es más sencillo y expedito probar un hecho que tenía que probar la otra; el principio de disponibilidad supone no sólo una mayor facilidad, sino la posibilidad exclusiva de probar fehacientemente un hecho, respecto al cual la contraparte tenía la carga de probarlo.

Lo que sucede en ambos casos es que el juez no invierte la carga de la prueba, sino que elimina de los hechos objeto de prueba de una de las partes aquel suceso cuya prueba le resulta muy difícil.

15. Por otro lado, también inserta en la idea de dotar de flexibilidad a las reglas generales distributivas de la carga de la prueba, surgió en Argentina la teoría de las cargas probatorias dinámicas, de creación jurisprudencial, la cual implica un desplazamiento de la carga de la prueba según las circunstancias del caso. A virtud de tal desplazamiento, la prueba puede recaer sobre quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirla. En otras palabras, bajos determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla.

Se sostiene que la aplicación de esta teoría es procedente en casos extremos, es decir, cuando la aplicación estricta de las reglas generales de la carga de la prueba genera consecuencias manifiestamente inconvenientes e inicuas.

16. El principal fundamento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas es la equidad. Sin embargo, también hay otros, como son la responsabilidad del juez en el proceso: la actitud de las partes en el mismo. Todo ello apunta a un régimen de prueba que iguale a los desiguales, conjugando las reglas tradicionales de la carga de la prueba con una visión solidarista y de efectiva colaboración entre las partes.
17. Sin embargo, hay quienes cuestionan la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, siendo su principal argumento el que éstas no pueden determinar el sentido de la sentencia, la que de no haber prueba suficiente debe motivarse por las presunciones del derecho de fondo y no por las teorías de distribución de *onus probandi*. Sostienen que el juez debe resolver a favor de quien presumía su liberación, constituyendo esto una suerte de aplicación del principio de inocencia (imperante en materias penales) al proceso civil.
18. Respecto a la compatibilidad o incompatibilidad de la regla de juicio con todas aquellas doctrinas que buscan flexibilizar sus postulados, somos de la opinión que ellas no son totalmente incompatibles. Existe la posibilidad que el juez atempere la rigidez de las normas distributivas de origen legal. Ello toda vez que la función principal del juez es la de impartir justicia, pero tampoco debe olvidar la existencia de otros valores protegidos, como la seguridad jurídica.
19. ¿Cuál es la situación en Chile? Doctrina y jurisprudencia no se han hecho cargo de este problema. Sin embargo, a propósito de la interpretación del art. 2329 CC ha surgido una teoría que se vincula con el tema que nos convoca. Con algunos matices, Ducci, Alessandri y Barros Bourie postulan que el precepto establece una

presunción de culpabilidad 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, lo que trae como consecuencia que la víctima no tendrá que probar la culpa ni su relación causal con el daño, sino sólo el hecho perjudicial.

Esta interpretación del art. 2329 CC se aleja de su interpretación tradicional, la cual considera que el art. 2329 CC sólo es una reiteración de la norma del art. 2314 CC, cuya única particularidad consistiría en citar algunos ejemplos del principio general de responsabilidad por culpa. Entre los partidarios de esta línea encontramos a Meza Barros, Corral Talciani y Rodríguez Grez.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia lentamente ha ido recogiendo estos postulados, sin embargo, aún es posible encontrar fallos que siguen la interpretación tradicional del precepto.

20. Con esto, la primera manifestación del problema de la carga de la prueba en Chile ha provenido de la doctrina, no de la jurisprudencia (como en España y Argentina), aunque no se trata de un estudio del tema en particular.

BIBLIOGRAFÍA

I. OBRAS GENERALES:

- 1) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- 2) BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- 3) CALDERA DELGADO, HUGO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001, tomo I.
- 4) CELIS RODRÍGUEZ, RUBÉN, *Responsabilidad extracontractual*, Librotecnia, Santiago, 2004.
- 5) CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- 6) COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1990.
- 7) DUCCI CLARO, CARLOS, *Responsabilidad civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- 8) MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho Civil “De las fuentes de las obligaciones”*, Colección de manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, tomo II.
- 9) ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Procesal Civil*. Arazandi, 7ª edición, Navarra 2007.
- 10) RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- 11) SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2000.

II. OBRAS ESPECÍFICAS:

- 12) AIRASCA, IVANA MARÍA, “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.

- 13) BARBERIO, SERGIO JOSÉ, “Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?”, en AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.
- 14) BENTHAM, JEREMÍAS. *Tratado de las pruebas judiciales, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont*, traductor M. Ossorio, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1959.
- 15) CARBONE, CARLOS ALBERTO, “Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción”, en AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.
- 16) DEVÍS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, Editorial Temis, 5ª edición, Bogotá, 2002, tomo I.
- 17) EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Editorial Abeledo-Perrot, 2º edición, Buenos Aires, 1992.
- 18) FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ediciones La Ley, Madrid, 2006.
- 19) GARCÍA GRANDE, MAXIMILIANO, *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*, Editorial Juris, Buenos Aires, 2005.
- 20) LÉPORI WHITE, INÉS. “Cargas probatorias dinámicas”, en AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.
- 21) MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, traductor S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- 22) MONTERO AROCA, JUAN, *La Prueba en el Proceso Civil*, Thompson Civitas, 4º edición, Navarra, 2005.
- 23) PALAVECINO, CLAUDIO, “La carga de la prueba en el procedimiento de tutela laboral”, en *La Semana Jurídica*, Editorial Legal Publishing, Santiago, N° 380, 20 de agosto al 2 de septiembre de 2008.
- 24) PEYRANO, JORGE W., “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.
- 25) PEYRANO, MARCOS L., “La teoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’ en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)”, en AA. VV., *Cargas*

- probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.
- 26) Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias, tomo X, 1998, Editorial Jurídica de Chile.
 - 27) ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*, traductor E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.
 - 28) SCHOPF OLEA, ADRIÁN y GARCÍA MACHMAR, *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007.
 - 29) TARUFFO, MICHELE, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Mexicano*, traductores M. Carbonell y P. Salazar, nueva serie, año XXXVIII, N° 114, septiembre – diciembre de 2005.
 - 30) TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “Variaciones sobre la prueba en el proceso (viejos y nuevos temas probatorios)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo XCV,
 - 31) TEPSICH, MARÍA BELÉN, “Cargas probatorias dinámicas”, en AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, J. Peyrano (director) e I. Lépori (coordinadora), Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004
 - 32) TRUJILLO CABRERA, JUAN, *La carga dinámica de la prueba*, Editorial Leyer, Bogotá, 2006.
 - 33) URIARTE CODÓN, ANER, “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, en AA.VV., *Objeto y carga de la prueba civil*, JM Bosch Editores, Barcelona, 2007.

III. FUENTES

- 34) Código Civil
- 35) Código de Procedimiento Civil
- 36) Código Orgánico de Tribunales
- 37) Ley de Enjuiciamiento Civil
- 38) Constitución Española

IV. PÁGINAS WEB

- 39) www.puntolex.cl

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO PRIMERO	
La carga de la prueba como regla de juicio.....	6
1. <i>Concepto</i>	6
2. <i>Fundamento</i>	14
CAPÍTULO SEGUNDO	
La carga de la prueba como regla de conducta.....	17
1. <i>Concepto</i>	17
2. <i>Fundamento</i>	20
CAPÍTULO TERCERO	
La carga de la prueba y su flexibilización.....	23
1. <i>Flexibilización de la carga de la prueba</i>	23
2. <i>Principio de facilidad y disponibilidad probatoria</i>	25
3. <i>Cargas probatorias dinámicas. Fundamento</i>	32
CAPÍTULO CUARTO	
Compatibilidad de la regla de juicio con los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. Situación en Chile.....	37
1. <i>Regla de juicio y principios de facilidad y disponibilidad probatoria</i>	37
2. <i>Tratamiento del problema en Chile. Tendencia jurisprudencial de nuestros Tribunales Superiores de Justicia</i>	39
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	52
ÍNDICE.....	55