

CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS UNA SOLUCIÓN ANTE LA DIFICULTAD PROBATORIA.

*Ayllen Gil Seaton**

RESUMEN

Este trabajo aborda el tema de la carga de la prueba con el propósito de delimitar su concepto y traer a la vista los distintos criterios que se han esbozado para repartir el peso de la prueba entre las partes al interior de un juicio, evidenciando cómo estos mismos han generado en su aplicación irrestricta situaciones de dificultad probatoria a alguna de las partes. Ante esta dificultad se propone como solución la distribución dinámica de la carga de la prueba en atención a la mayor o menor facilidad para producir la prueba en el proceso, haciendo frente a las críticas planteadas entorno a su aplicación.

PALABRAS CLAVES: carga de la prueba - dificultad probatoria - Carga probatoria dinámica

ABSTRACT

This paper discusses the burden of proof in order to define its concept, and bring to light the different criteria that have been devised to share the burden of proof between the parties within a trial, by showing how these criteria, in unrestricted application, have resulted in hard situations of proof to either party. To this difficulty, a dynamic distribution of the burden of proof is proposed as a solution in response to more or less easiness to produce the proof in the trial, facing criticism raised around its implementation

KEYWORDS: Burden of Proof - Probation Difficulty - Dynamic Probation burden

I. Introducción.

Dentro de los varios temas que nos ofrece la carga de la prueba, a lo largo de este trabajo intentaremos desarrollar los grandes lineamientos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, para caracterizar así a una de las doctrinas que pretende dar solución a situaciones de dificultad probatoria en que se pueden encontrar las partes al interior del proceso.

*Egresada de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Ayudante alumna de Derecho Procesal

Para demostrar la dificultad probatoria partiremos por evidenciar cómo las reglas tradicionales sobre carga de la prueba, que se han construido a través del tiempo, han resultado algunas veces insuficientes o inadecuadas en su aplicación a los casos concretos.

Una vez determinada la causa del problema optamos por las cargas probatorias dinámicas como un criterio de solución y delimitamos sus caracteres para su correcta aplicación y comprensión. Junto con reconocer las grandezas de estas reglas advertimos también las dificultades en su aplicación, intentando dar soluciones a las mismas.

II. Aproximaciones al concepto de carga de la prueba.

1. Carga procesal.

Sin pretender profundizar en el tema de la carga procesal, señalaremos los elementos definitorios o característicos de ésta, con un propósito meramente instrumental. Buscamos determinar las características de la carga procesal, para luego conceptualizar y caracterizar la carga de la prueba como regla de conducta para las partes, por ser considerada una de las manifestaciones más importantes de la carga procesal.

El concepto de carga procesal surge principalmente del trabajo desarrollado por Goldschmidt¹ para determinar la naturaleza del proceso, quien entiende al proceso como una situación jurídica y sostiene que en él lo que hay son expectativas o cargas. De este modo las partes al interior del proceso tienen una expectativa respecto de la resolución de fondo, es esto lo que mueve a las partes a cumplir o no con una carga, la expectativa de obtener una ventaja procesal o incluso una sentencia favorable.

Las características de la carga procesal, surgen de la oposición de esta con otros imperativos jurídicos como lo son las obligaciones y deberes procesales².

¹ GOLDSCHMIDT, John, *Principios Generales del proceso. I teoría general del proceso* (2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961)

² En general, COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, (3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1990) pp.209-214, SENTÍS MELLENDO, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1959) III; CARRETA, Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil dilem: referendia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*, en *Revista de Derecho Universidad Austral XXI* (2008) 1, pp.110 -115.

a) Carga y obligación: La primera diferencia que separa al concepto de obligación de la carga procesal, viene dada por el interés comprometido en cada uno de ellas, así mientras en la obligación se tutela un interés ajeno, en la carga el vínculo se establece en tutela del interés propio comprometido³.

Junto con ello separan a ambos conceptos las consecuencias que acarrea el incumplimiento de cada uno de estos imperativos, mientras en la obligación el incumplimiento del acto da lugar a una sanción jurídica, en el caso de la carga el efecto es la pérdida de una ventaja procesal. Las obligaciones son imperativos establecidos en interés de un acreedor dentro de un proceso, es éste en definitiva el beneficiado, mientras que la carga se reconoce un interés propio que sólo beneficia a un sujeto en forma individual.

b) Carga y deber: Los deberes se han establecido en interés de la comunidad a diferencia de lo que ocurre con la carga que se impone tutelando el interés de las partes, el incumplimiento de estos deberes trae aparejada una sanción específica, por lo general pecuniaria o coactiva, que es distinta de la señalada anteriormente a propósito de las cargas. Dicha sanción viene impuesta por el Estado para lograr un adecuado desenvolvimiento del proceso.

Es a partir de dicho análisis que se han logrado fijar ciertos elementos distintivos de la carga procesal⁴, tales son:

- i) la posibilidad de elección o ejercicio facultativo;
- ii) su carácter instrumental, esto es, cumpliremos con una carga para obtener una determinada ventaja o efecto al interior del proceso;
- iii) otra característica importante es la ausencia de sanción jurídica;
- iv) y por último la característica esencial para definir a una carga procesal que es el interés propio comprometido. Es esencial porque a través de esta característica podemos dar sentido a las otras recién mencionadas. Como se trata de un interés propio, hay una posibilidad inmediata de elección. Por esta razón es que señala que su ejercicio es facultativo, de modo que si el sujeto sobre quien recae la carga desea obtener un determinado resultado, debe actuar, pero en caso de no hacerlo, al existir libertad de acción, su omisión o inactividad no trae aparejada una sanción jurídica. Con todo dicho sujeto sigue teniendo un incentivo para proceder, que es la obtención de un resultado favorable a su pretensión.

³ SENTÍS MELENDO, Santiago, cit. (n. 1), pp. 87-90.

⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil* (Madrid, La Ley, 2006) pp. 47-53.

2. La carga de la prueba.

Hablar de carga de la prueba⁵ nos remite a dos fenómenos que son independientes, en cuanto a los sujetos a quienes alcanza y los momentos procesales en que tienen aplicación. Así podemos decir que la carga de la prueba es una regla de juicio para el juez y una regla de conducta para las partes.

a) REGLA DE CONDUCTA PARA LAS PARTES. En la fase probatoria la teoría de la carga probatoria les indica a las partes quién debe probar, es decir, a cargo de cuál de las partes se halla el esfuerzo de acreditar los hechos litigiosos para evitar las consecuencias desfavorables de la inexistencia o insuficiencia probatoria. El conocimiento de los hechos se le impone al juez mediante la actividad probatoria de las partes, al menos en principio, por el principio de aportación de parte⁶. De allí la importancia de la existencia de estas reglas. Son las partes las que deben suministrar al juez los elementos fácticos, sobre ellas recae la carga de probar, esto en los términos analizados a propósito del concepto de carga procesal.

Ahora, si tenemos a la vista las características que hemos señalado a propósito de la carga procesal podemos comprender en su exacto sentido la carga de la prueba. A partir de la caracterización dada, se puede construir un concepto de carga de prueba que nos revele su importancia al interior del proceso, y permite definirla como: el imperativo de ejercicio facultativo que orienta a las partes sobre cuál de ellas tendrá que probar para obtener un resultado favorable, si así lo desea, ya que su inactividad no acarrea una sanción jurídica, sino que permite al juez resolver cuál de las partes debe resultar perjudicada por la falta de prueba⁷.

Es esto lo que hay detrás de la carga de la prueba: una necesidad de probar para obtener una ventaja procesal, no hay un deber pero las partes o prueban y obtienen o bien soportan las consecuencias de la falta o insuficiencia de prueba.

⁵ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, (4ª edición, Navarra, Aranzadi, 2005) pp.112-115, PEÑALILLO ARÉVALO, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil*, parte general, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989) pp.45-64, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, cit. (n. 4) pp.23-34.

⁶ MENESES PACHECO, CLAUDIO, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001) pp. 19-32.

⁷ Otra definición en este mismo sentido en, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: "la carga de la prueba como el poder de ejercicio facultativo conferido a las partes para aportar la prueba de los hechos, ejercitándolo, si así lo desean, el derecho a la prueba reconocido por el art. 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" cit. (n.3) p.56.

b) **REGLA DE JUICIO PARA EL JUEZ.** En un momento distinto, en la fase de decisión, la regla sobre carga de la prueba tiene como destinatario el juez, regla que le indica cómo resolver el asunto controvertido en caso de incertidumbre por falta de prueba o insuficiencia de la prueba rendida. Vinculado a la obligatoriedad del ejercicio de la actividad jurisdiccional, esto le impone al juez el deber inexcusable de resolver el asunto aun cuando no se hayan acreditado en juicio los hechos controvertidos.

Si como resultado de la actividad probatoria de las partes se ha logrado acreditar las afirmaciones sobre un hecho, el juez fallará conforme a dicha prueba sin importar quién la aportó. Esto por el principio de adquisición procesal, en virtud del cual cuando un hecho ha sido debidamente acreditado en juicio éste pasa a formar parte del proceso con independencia de quién lo haya aportado, pudiendo beneficiar a la otra parte que no desplegó la actividad probatoria⁸. Cosa distinta ocurre en caso de no producirse la certeza sobre el fondo del asunto, en cuyo caso la teoría de la carga probatoria lo orienta, en cuanto a quién debe afectar esa circunstancia.

Estas reglas no suponen dotar al juez de una función distribuidora de la prueba a lo largo del proceso sino que es al momento de dictar la sentencia en caso de falta de prueba sobre la afirmación de un hecho, donde el juez debe cuestionar cuál de las partes debe soportar las consecuencias de aquello⁹.

III. Criterios de distribución de la carga de la prueba.

1. Intentos por construir una regla general sobre carga de la prueba.

Diversos criterios se han esbozado con el objeto de resolver la delicada pregunta de quién debe soportar el riesgo de que la prueba no se produzca.

Del Derecho romano surgen los primeros aforismos tales como "actori incumbit probatio", "ei incumbit probatio qui dicit non qui negat", "factum negantis probatio nulla est".

Otro criterio es el que examina la naturaleza de los hechos que deben probarse, distinguiéndose por un lado los hechos constitutivos y por otro los hechos impositivos, modificativos, extintivos y excluyentes, correspondiéndole la prueba de los primeros al actor y al demandado los impositivos, modificativos, extintivos

⁸ SENTIS MELENDO, SANTIAGO, *Las pruebas en el proceso. Para quien se prueba. Principio de adquisición.* <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1056/61.pdf>

⁹ MONTERO AROCA, Juan, cit. (n.5), p.113.

y excluyentes¹⁰ En cuanto a su caracterización¹¹, son hechos constitutivos aquellos que dan nacimiento a la relación jurídica, se acreditan porque en ellos descansa la base del derecho que se reclama. Los hechos impeditivos son aquellos que obstan al nacimiento de la relación jurídica. Los hechos extintivos son aquellos que reconocen el nacimiento de la relación jurídica y su validez, pero agregan la extinción de la misma. Los hechos excluyentes son aquellos que prescinden de las consecuencias jurídicas de una relación jurídica, pero en determinados supuestos.

Se ha distinguido también entre condiciones generales y específicas de la existencia de relaciones jurídicas. En virtud de este principio se impone al demandante la carga de probar las condiciones específicas, esto es, las propias, esenciales a la relación jurídica y no las generales, esto es las comunes a otros negocios jurídicos¹².

Un criterio de mucha trascendencia es el de la alteración de la normalidad, en virtud del cual se señala que quien invoca un hecho anormal debe probarlo, en tanto los hechos normales no deben probarse.

Y por último, podemos señalar el criterio del supuesto fáctico de la norma favorable, el cual postula que corresponde a cada parte probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico por ella perseguido¹³.

Al observar los distintos criterios de distribución que se han elaborado, podemos advertir como estas reglas se hacen insuficientes en su aplicación a cada caso en concreto, por cuanto no son capaces de recoger las distintas situaciones posibles de acontecer en la realidad y por ende no permiten construir una regla general sobre carga de la prueba.

Analicemos ahora como cada uno de los criterios mencionados son insuficientes para construir una regla general:

1) Los aforismos romanos: se trata de reglas que se construyeron para dar solución a casos concretos que dadas sus especiales características necesitaban de su aplicación¹⁴, de modo que son claramente insuficientes para configurar una regla o principio general.

2) Criterio que atiende a la naturaleza de los hechos: la gran dificultad de este principio es que supone etiquetar a priori la naturaleza de los hechos, en circunstan-

¹⁰ Cfr. PEÑAILLO ARÉVALO, D., cit. (n.5), pp.53-57, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., cit. (n.4), p.90, MONTERO AROCA, Juan, cit.(n.5) pp.115-119.

¹¹ GARCÍA CUERVA, Silvia, *Las reglas generales del onus probandi*, en PICO IJUNOY, JOAN- ABELLIUCH, Xavier (editores) *Objeto y carga de la prueba civil* (Barcelona, editorial José María Bosch editor, 2007) p.63.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho procesal civil*, (Madrid, Reus, 1922-1925), p.254.

¹³ PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n.5) p.55.

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., cit. (n.4), p.88

cias que en un caso concreto, un mismo hecho puede responder a más de una de estas

categorías. Razón por la cual parece difícil sostener una regla general a partir de este criterio, sino que hay que atender a las distintas pretensiones que han de formularse.

3) Distinción entre condición general y específica: Si bien en este principio podemos advertir a primera vista un atisbo de generalidad, ya que es posible aplicar dicha regla a diversas relaciones que acontezcan en la vida social, pero al atender a la posición que ocupan las partes en el proceso pierde este rasgo y junto con ello presenta también una dificultad a la hora de determinar en cada situación qué se entiende por condición general y específica, lo cual sin duda habrá de analizarse en el caso concreto.

4) Alteración de la normalidad: Este criterio presenta el inconveniente de determinar que hechos son normales, esto es, ¿cómo establecer abstractamente cuando un hecho es normal? cuestión que parece necesario determinar en cada caso.

5) Criterio que atiende al supuesto fáctico de la norma favorable: este criterio tiene la virtud de ser más amplio, por cuanto no atiende a la posición procesal de las partes, tampoco al hecho aislado objeto de la prueba, sino al efecto jurídico que se persigue con relación a la norma en que se funda su petición. Con todo, en este caso tampoco es posible construir una regla general¹⁵ y más precisamente no logra dar la debida regulación a las normas sobre carga de la prueba, las cuales deben ser capaces de dar soluciones adecuadas a las diversas situaciones que acontecen en la realidad.

2. Situación en Chile.

En el derecho chileno existe una norma que distribuye el peso de la prueba, el art. 1698: *Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.*, norma reconocida por los autores como de aplicación general pese a su ubicación en el texto del Código Civil¹⁶.

Así en nuestro ordenamiento la materia sobre distribución del peso de la prueba se resume en esta disposición que pone la carga de la prueba en quien alega la existencia de una obligación o su extinción.

Si quisiéramos subsumir esta regla en algunos de los criterios antes vistos, se podría concluir que corresponde al criterio de la normalidad, ya que

¹⁵ MONTERO AROCA, Juan, cit. (n.5) p.119.

¹⁶ PEÑALILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n.5), p.56.

lo normal es que las personas no estén obligadas, por tanto quien alega que existe una obligación de probarlo.

IV. Carga probatoria establecida en forma estática y la dificultad probatoria.

Para evidenciar la inadecuación de las reglas existentes sobre carga de la prueba, recurriremos a algunos ejemplos de casos concretos en que la aplicación de uno u otro de los criterios vistos resultan a veces insuficientes y, otras tantas, demasiado inflexibles.

Piénsese en un caso de responsabilidad médica en que es el paciente quien debe probar el hecho, el daño, la negligencia y la relación de causalidad entre la negligencia y el daño producido, con toda la dificultad que ello implica, pues ¿cómo probar que no le prestaron la asistencia adecuada dentro del quirófano? Hay aquí una dificultad material. Además los pacientes en general no tienen los conocimientos científicos con los que cuentan los médicos que les permitan acreditar que su actuar no fue el correcto, más aun cuando tropieza con la solidaridad corporativa entre los profesionales de la medicina¹⁷.

Junto con la dificultad probatoria, tenemos que considerar la evidente mejor posición del médico y del hospital, ya que cuentan con toda la información relativa al paciente tanto respecto de su estado inicial, los exámenes y tratamientos, las operaciones practicadas y todo lo ocurrido dentro del quirófano, todo lo cual sin duda juega a favor del profesional.

Del mismo modo hay una dificultad probatoria prácticamente insuperable, en los casos de negativa injustificada a someterse a la pericia biológica, en cuyo caso la parte que reclama el reconocimiento de una relación de filiación se encuentra en la imposibilidad de acreditar el supuesto fáctico que funda su pretensión, ya que su producción depende de la conducta de la otra parte sobre quien no pesa la carga de probar y por tanto se mantiene en una simple negativa¹⁸.

Como hemos analizado recientemente, los intentos por construir una regla general que distribuyera la carga de la prueba debidamente, nos han llevado a constatar no sólo su insuficiencia para dicho fin, sino también cómo devinieron en directrices que imponen de un modo inflexible la carga de la prueba, las que en su aplicación automática pueden producir situaciones de indefensión.

De este modo, nos encontramos en ciertos casos excepcionales en los cuales una de las partes se encuentra en la necesidad de aportar pruebas para obtener un resultado favorable a su pretensión, pero, dadas las circunstancias

¹⁷ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad extracontractual*, (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006), pp. 655-688.

¹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, cit. (n.4), pp.160-183.

particulares del caso, se haya imposibilitado de aportarla o bien encuentra una gran dificultad en su aportación, en circunstancias que la otra parte, se encuentra en mejores condiciones técnicas, fácticas o profesionales para producirla. Es aquí donde la irrestricta aplicación de las reglas y los criterios anteriormente mencionados aparecen como insuficientes para lograr impartir efectivamente justicia.

Parece conveniente preguntarnos ahora ¿por qué estos principios, o, más específicamente, las reglas sobre carga de la prueba se presentan como insuficientes? Pues bien, una posible respuesta la encontramos en la circunstancia que muchas de las reglas sobre carga de la prueba que se han construido en los distintos ordenamientos han tenido por objeto dar solución a casos concretos o se han establecido en atención a la posición que ocupan las partes en el proceso o en atención a la posición de las partes con respecto a los hechos, como ocurre en nuestro ordenamiento. Junto con esto podemos señalar las innumerables transformaciones que se han experimentado a lo largo de este tiempo y que indudablemente no pudieron preverse al construir las reglas probatorias, como por ejemplo: a) avances tecnológicos, b) mayor complejidad en la elaboración de los productos, c) mayor sofisticación en los compuestos empleados, d) el crecimiento de sujetos colectivos con gran poder económico y e) el cambio en la formas de relacionarse los sujetos.

Reconocemos la necesidad de establecer principios de distribución de la carga probatoria, que funcionan como líneas orientativas para el juez y permiten establecer reglas claras para las partes, salvaguardando así la seguridad jurídica, pero cabe al menos cuestionarnos por las dificultades probatorias que pueden ocasionar la aplicación irrestricta de los postulados anteriormente descritos y preguntamos entonces ¿cuál podría ser el tenor de estos mismos?, ¿mantendremos reglas clásicas que determinan a priori quién debe probar? o ¿intentaremos establecer principios que permitan mayor flexibilidad a la hora de resolver en cada caso?

Hablar de dificultad probatoria supone el reconocimiento de que existen ciertos hechos que representan para las partes una gran complejidad en materia de producción de los medios de prueba, cuestión que a su vez está íntimamente vinculada a la naturaleza de los hechos que se trata de probar.

Toda esta situación de imposibilidad o extrema dificultad probatoria en que se encuentra la parte sobre quien recae la carga de la prueba originariamente, podría generar que las partes optaran por desistir de hacer valer sus pretensiones, evitando el riesgo que implica el inicio de un juicio por los costos económicos y pérdidas de tiempo que ello implica. Así, bien podría ocurrir, que la

parte pese a tener una pretensión cuyo contenido es reconocido por el derecho no se encuentre en la posición privilegiada de la contraria para producirla¹⁹.

1. Breve referencia a ciertos hechos que generan dificultad probatoria.

Junto con los supuestos facticos contenidos en los ejemplos sobre dificultad probatoria dados al comienzo del párrafo se han reconocido ciertos hechos que abstractamente considerados revelan este problema para las partes que se encuentran en la necesidad de acreditarlos, los que pasaremos a revisar brevemente²⁰:

Hechos antiguos: Se trata de una acción o asunto que ha ocurrido en tiempos muy remotos, por esta razón resulta de pronto difícil su representación en juicio.

Nos estamos refiriendo a hechos ocurridos hace 20 años o más y de los que no se ha dejado constancia y sólo se conservan recuerdos en la memoria de los involucrados, ¿cómo probamos lo que está sólo en la memoria de una persona?

Hechos ilícitos: Se ha empleado aquí la expresión ilicitud en términos amplios, entendiéndose como todo acto no permitido por el ordenamiento jurídico, característica de la que su autor está en pleno conocimiento y por ello lo ejecutará de manera oculta, evitando que alguien pueda acreditar su comisión.

Hechos íntimos: como su nombre lo dice se trata de hechos personalísimos que se refieren a la parte más reservada de un sujeto. Pues bien, ¿cómo probamos las declaraciones de amor que hace un hombre a una mujer o las intimidades sexuales que pudieran ser relevantes por ejemplo en casos de impugnación de paternidad?

Como hemos podido constatar es posible determinar que hay hechos que pueden generar dificultad probatoria, pero no basta simplemente reconocerlos como casos de dificultad probatoria, ya que esos hechos en un caso en particular bien pueden generar dificultad en su prueba para una de las partes, pero ese mismo hecho en otro caso puede resultar de muy fácilmente presentado y acreditado en juicio, incluso más en un mismo caso puede constituir un asunto que genera dificultad probatoria para una de las partes, pero de fácil acceso para la otra parte. Por estas razones es que nos parece necesario construir reglas sobre carga de la prueba que sean más flexibles y permitan al juez en caso de falta de prueba considerar hipótesis de dificultad probatoria como las mencionadas.

V. Carga probatoria dinámica como una solución a las situaciones de dificultad probatoria.

¹⁹ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria* (4ª edición, Barcelona, 1993) p.33.

²⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis, cit. (n.12) pp.148-155.

Planteada la dificultad anterior, y ante el deber inexcusable del juez de resolver el asunto sometido a su conocimiento, debemos preguntarnos: ¿qué puede hacer el juez ante ciertos y determinados casos en que no logra la plena certeza para la solución del conflicto o bien tiene dudas producto de la falta de prueba?. Es aquí donde cobra importancia las reglas sobre la carga de la prueba que permiten orientar al juez sobre quién debe soportar esa falta de prueba. Ahora, como hemos visto las reglas tradicionales se demuestran insuficientes o inadecuadas en determinadas situaciones.

Ante estos casos de dificultad probatoria surge como una solución la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que busca resolver las situaciones de indefensión que se producen por la aplicación irrestricta de las reglas sobre carga de la prueba ya vistas. Corresponden a directrices que surgen de una creación doctrinal con amplia recepción doctrinal y jurisprudencial en países como Argentina y España. Su denominación fue dada por su autor Jorge W. Peyrano.

1. Principales caracteres de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas

Esta regla de aplicación excepcional, implica que ante la escasa o nula prueba y en casos de auténtica dificultad probatoria, el juez va a fallar contra quien debía probar y no lo hizo, atendiendo para ello no a la calidad de las partes, ni a los hechos alegados, sino a las circunstancias particulares de cada caso²¹ y guiado por el grado de dificultad que para cada parte implique acreditar un mismo presupuesto de hecho. Lo cual no supone que el juez distribuya la carga probatoria durante el juicio indicando los hechos que cada parte debe probar, sino que a la hora de resolver el asunto controvertido en la sentencia atienda a la mejor posición probatoria de cada una de las partes, reconociendo cuál de ellas no se encontraba en condiciones de producirla. Lo anterior es sin perjuicio de las advertencias que puede hacer a las partes sobre las consecuencias de la falta de prueba, como una forma, como veremos más adelante, de superar la inseguridad jurídica. Así, a la hora de sentenciar, excepcionalmente, hará recaer las consecuencias desfavorables de la falta de la prueba sobre la parte que teniendo mejor posición probatoria no la rindió en juicio.

Con el objeto de conceptualizar la doctrina en comento, tendremos a la vista la descripción expresada en las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e informático celebradas en Junín en 1992 donde se acuñó la siguiente declaración: "La llamada doctrina de las cargas

²¹ PEYRANO, Marco L., "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000)", en *Revista Electrónica de Derecho comparado*, http://www.urjc.es/z_files/ad_centros/ad03/Revista_Electronica_Derecho_Comparado_Prologo.doc.

probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel 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”²².

2. Supuestos de aplicación de la distribución dinámica de la prueba.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas tiene por objeto resolver el desbalance entre quien tiene la carga de probar y quien tiene la posibilidad de probar, lo cual se traduce en la dificultad o imposibilidad de probar los hechos por parte de quien tiene la carga, será entonces necesario determinar los supuestos de aplicación de esta doctrina. En efecto, para su aplicación deberá acontecer una doble circunstancia, esto es:

- a) La imposibilidad o dificultad que presenta para una de las partes probar los hechos en que se funda su pretensión.
- b) Mejor posición probatoria de la contraria en relación al mismo presupuesto de hecho.

El primer supuesto de aplicación de la doctrina, la dificultad probatoria supone que la parte sobre la que originariamente recae la carga de probar se encuentra obstaculizada para producir la prueba en juicio, ya que no puede acceder al medio probatorio o no puede aportar en el proceso medios de prueba que le permitan acreditar el supuesto fáctico invocado. Esta desigualdad material pone a esta parte en una posición débil frente a la otra, provocando una situación de indefensión por cuanto no podrá acreditar en juicio los hechos en los que funda su pretensión.

En cuanto a la mejor posición probatoria de la otra parte, diremos que ésta supone una mayor cercanía a la fuente o medio de prueba necesario para acreditar los hechos que fundan la pretensión de la contraparte, de modo que está en condiciones de aportarla al proceso con menores obstáculos. Esta mejor posición está dada porque la parte se encuentra en condiciones de rendir con mayor facilidad la prueba o bien tiene la posibilidad exclusiva de acreditar un hecho o por

²² PEYRANO, Jorge, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en PEYRANO, Jorge (editor) *Cargas probatorias dinámicas*, (1ª edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004), p.19.

sus conocimientos profesionales o técnicos puede aportar la prueba al proceso de manera más fehaciente o incluso porque le significa un menor costo económico.

En definitiva se trata de supuestos en que una de las partes tiene mejor acceso a las fuentes de la prueba a su favor y a favor de quien es o puede llegar a ser su contraparte en un juicio²³.

Tavolari utiliza un ejemplo que ilustra claramente estos dos supuestos: "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 la empresa cuyo sistema informático registra, al instante y con total fidelidad, todo ingreso de materias primas a su proceso productivo?"²⁴. Es innegable la mejor posición probatoria de la empresa quien podrá aportar un extracto con todas las operaciones diarias realizadas, sin ninguna dificultad dado su inmediato acceso a la fuente de la prueba y los conocimientos técnicos y profesionales de sus empleados, frente a la desventajada posición del recolector de papeles.

Piénsese en el caso de un pequeño agricultor, quien riega sus hortalizas con las aguas del río y de pronto esas aguas se contaminan por la instalación de una planta de tratamiento de aguas servidas que dañan su cosecha y contaminan sus frutos. ¿Cómo prueba este pequeño agricultor, con escasos estudios y sin ningún conocimiento de los químicos empleados, las cantidades adecuadas para el funcionamiento de la planta, etc, que son los hechos en los que funda su pretensión para alegar la correspondiente reparación del daño ambiental e indemnización de perjuicios?

3. Necesidad de probar los supuestos de aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas²⁵.

Creemos que la parte que se beneficia con la distribución de la carga de la prueba debe evidenciar a través de su comportamiento en juicio su posición desventajada, nos referimos con esto a que muestre durante el transcurso del proceso un comportamiento diligente intentando proveer al tribunal los medios de prueba necesario para arribar a la solución del asunto y de ese intento salte a la

²³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, cit. (n. 4), pp.147.

²⁴ TAVOLARI, Raúl, *Variaciones de la prueba en el proceso civil*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCV- n° 2 (1998), p.53.

²⁵ BARBERIO, Sergio José, *Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?*, en cit.(n.18) pp.99-107.

vista para el tribunal su imposibilidad. Ahora, no bastará con este comportamiento que evidencie la imposibilidad, sino que será necesario probar esta dificultad probatoria frente a la mejor posición de la otra parte.

De lo contrario si se aplicara la regla de carga de la prueba en cuestión, derechamente, sin acreditar los supuestos respectivos estaríamos liberando de la carga de probar, al menos parcialmente, a una parte la cual se mantendría estática escudándose en la afirmación de que la parte con mejor posición probatoria debe acreditar los hechos y de este modo trasladamos la estática de una parte a otra, manteniendo la actitud egoísta y de falta de colaboración entre las partes que se busca dejar atrás con la incorporación de esta doctrina.

Insistimos esta mejor posición probatoria ha de ser muy clara²⁶, no debe quedar duda respecto a la posibilidad de producir la prueba, circunstancia de la que debe tener claridad no sólo el juez sino también la parte a quién podría afectar la carga de la prueba. Ya profundizaremos más adelante sobre el momento en que debe advertirse de estas circunstancias.

4. Fundamento para el reconocimiento de las cargas probatorias dinámicas.

Esta doctrina supone una nueva cultura procesal en cuanto a la producción de la prueba, propugnando una suerte de solidaridad y colaboración entre los litigantes a la hora de proporcionar los elementos de convicción al juez civil. A partir de esta consideración y de la idea de que el proceso civil es una institución del Estado y éste representa las ideologías políticas, jurídicas y éticas imperantes en la sociedad²⁷, debemos concluir que el proceso debe conducirse conforme a ciertos principios reconocido por el derecho procesal moderno como son la concepción dinámica del proceso, la colaboración entre las partes, la igualdad de armas, hallar el justo equilibrio entre las partes, búsqueda de una solución justa para el proceso, entre otros²⁸. En efecto, sobrepone a todo interés particular una actitud de colaboración en aras de lograr la obtención de la justicia en el caso, teniendo una actitud útil según sus posibilidades reales de actuación.

Esto se concibe así porque el Estado no puede asumir el costo de un proceso que favorece la conducta obstruccionista de las partes o que promueve la desigualdad entre las partes. Es por esto la necesidad de concebir

²⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, cit. (n.4), p. 143.

²⁷ MORELLO, Augusto, *La prueba: tendencias modernas*, (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991), p.62.

²⁸ LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, en cit. (n.20) p.69.

instituciones que permitan a las personas ejercer sus derechos dentro de un proceso cuyo resultado no dependa exclusivamente de la mayor disponibilidad o facilidad para aportar los medios de prueba²⁹.

VI. Dificultades para la aplicación de las cargas probatorias dinámicas.

Son diversas las dificultades con que nos entrapamos a la hora de analizar la posible aplicación de las cargas probatorias dinámicas en el proceso civil, analizaremos las más importantes:

- a) infracción de las leyes reguladoras de la prueba
- b) necesidad de su regulación en un texto legal³⁰
- c) su aplicación entraña un riesgo para la garantía de la defensa en juicio

a) El primer obstáculo con que nos encontramos al enfrentar el tema de la dificultad probatoria es concebir una solución que no infrinja las leyes reguladoras de la prueba, por cuanto si en un sistema como el nuestro, en que existe una regla de carga de la prueba como la del art.1698 del CC³¹, alguien podría sostener que el juez al hacer recaer las consecuencias de la falta o escasa prueba sobre la parte que no debía probar fundado en su mejor posición con respecto a los medios de prueba, estaría infringiendo las leyes reguladoras de la prueba, y por tanto recurrir de casación en el fondo, ya que la Corte Suprema ha expresado que se entienden vulneradas las normas reguladoras de la prueba cuando los jueces de la instancia inviertan la carga de la prueba, rechazan medios de prueba que la ley contempla, o desconocen el valor probatorio que la ley asigna cada instrumento³². Ahora, mal podría fundarse un recurso de casación alegando infracción de las normas reguladoras de la prueba por aplicación de las cargas probatorias dinámicas, por cuanto en estos casos no hay inversión de la carga de la prueba, sino una distribución dinámica de la carga de la prueba que no altera la distribución de los hechos a probar perjudicando

²⁹ PAZOS MÉNDEZ, Susana, *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*, en PICO I JUNOY, Joan (editor) cit. (n.9) p.86.

³⁰ PEYRANO, Jorge, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en PEYRANO, Jorge (editor), cit. (n.18), pp.19-24.

³¹ Art.1698 del Código Civil Chileno: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta."

³² Resolución de la CS de fecha 14- 10- 2008, "Luis Gonzaga García Ortiz con Sotobank" en www.leyaforbushing.cl

al que no tenía la carga de probar, sino que evita que la imposibilidad probatoria de la parte que soporta la carga de la prueba por no contar con conocimientos técnicos, fácticos o profesionales³³ determine el resultado del juicio, estos es, ambas partes deben aportar pruebas al proceso, pero en caso de insuficiencia de prueba se atenderá a la mejor posición de cada parte para probar. Así, el juez al momento de resolver hará recaer las consecuencias de la falta de la prueba sobre aquella parte que estando en mejor posición probatoria no aportó los medios de prueba que permitieran resolver al juez.

b) Ante la pregunta de la conveniencia de incluir esta doctrina en un texto legal se plantean dos alternativas claras:

i) determinar jurisprudencialmente en qué tipo de casos se aplica la distribución dinámica de la prueba, de suerte que entregamos a los tribunales la determinación de los supuestos en que se aplican estas reglas de distribución dinámica.

ii) o bien se incorpora en un texto legal, que permita al juez aplicar estas reglas ante los supuestos que prevé el legislador.

Estamos convencidos de la necesidad de que la doctrina en cuestión se reconozca en un texto legal, por la necesidad de un reconocimiento explícito que de paso a su aplicación por el Tribunal. Dejamos de este modo a un lado la posibilidad de determinar jurisprudencialmente los casos de aplicación de la carga dinámica, no por desconfianza de nuestros jueces, o por el temor a falta de seguridad jurídica en la que algunos temen, sino porque es posible que un mismo tipo de caso, por ejemplo de responsabilidad médica genere gran dificultad probatoria para la víctima y mejor posición al médico, pero en otro caso no concurrir los supuestos de aplicación y esta circunstancia solo puede ser analizada por el juez en cada litigio que se promueve ante él y junto con esto podría generar el mismo defecto que queremos evitar, pues la parte favorecida con la aplicación de estas reglas, liberada de la carga de probar, al saber de antemano los casos en los que se aplica permanezca en actitud pasiva en torno a la producción de la prueba, trasladándose la estática, la inercia de una parte a otra. Con la inclusión en el texto legal disminuimos el margen de interpretación doctrinal y jurisprudencial y en definitiva habilitamos al juez para que pueda advertir esta circunstancia y darle una solución. Y de paso dejamos atrás la crítica de una posible infracción de las leyes reguladoras de la prueba, por cuanto el juez procederá a dar aplicación a esta regla en virtud de un texto legal que lo autoriza.

³³ LUNA YERGA, Álvaro, *Regulación de la carga de la prueba en la ley. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitari*, en revista electrónica Indret (working paper n°165, Barcelona, 2003)

El punto es ¿de qué forma deben ser reconocidas estas reglas por el legislador? Debemos partir de la consideración que estas reglas deben ser concebidas en términos amplios no taxativos para no reducir el campo de aplicación.

Sobre este punto parece conveniente proponer una forma de regulación, para esto partiremos de la norma propuesta en el Proyecto de Código Procesal Civil, que reconoce reglas de distribución dinámica de la carga de la prueba:

Art. 265. Carga de la prueba. "Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio..."

Esta disposición recoge en su primer inciso una regla de carga de la prueba, conscientes como ya hemos expresado de la necesidad de incorporar una regla sobre carga de la prueba esta aparece, de acuerdo a lo analizado al inicio de este texto, como la más conveniente ya que tiene un atisbo de generalidad y se establece sin atender a la posición de las partes en el proceso.

Luego en su inciso segundo reconoce un principio que permite al juez flexibilizar la norma antes dicha atendiendo a la mayor o menor disponibilidad o facilidad probatoria de las partes. Concordamos con que ésta es la manera más adecuada de concebir estas reglas, esto es, como una regla accesoria que permite al juez distribuir la carga de la prueba en atención a las circunstancias particulares del caso. Ahora creemos necesario precisar los supuestos que permitirán distribuir de forma dinámica la carga de la prueba, no basta con señalar que el juez distribuirá la carga de la prueba en atención a la disponibilidad y facilidad probatoria, porque es difícil conceptualizar dichos supuestos. Por ello proponemos que el juez pueda adecuar estas directivas ante situaciones de evidente mejor posición probatoria de una de las partes fundada en las mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas que posea.

c) En cuanto a la crítica de que se afectaría el derecho a defensa en juicio, creemos que no se vulnera tal garantía, ya que las cargas probatorias dinámicas no pretenden negar la posibilidad de que la otra parte se defienda, de negarle la posibilidad de producir medios de prueba para fundar su pretensión, sino que se defienda, pero dentro de un juego limpio que no tienda a oscurecer el pleito, de modo que permita que salga a luz la verdad y se logre efectivamente impartir justicia. Que observe un comportamiento conforme a la colaboración que debe reinar en los conflictos jurídicos, conforme al cual se exige que esta parte participe activamente en la acreditación de los hechos, no permaneciendo inerte en el proceso escudándose en la mera negativa de las alegaciones de la contraria, o

bien simplemente omitiendo, actuando como un mero espectador más que como la parte con interés que es, de este modo permita al juez tomar conocimiento real de los hechos y así resolver de manera más justa.

De este modo el juez deberá también atender, a la hora de resolver, a la conducta observada por las partes, según si obró o no conforme con los principios imperantes y reconocidos por el derecho procesal moderno. Buscando en el proceso la lealtad, el juego limpio, ya que el proceso si bien no ha dejado de ser una contienda, pero esta contienda tiene reglas para su correcto desempeño, como expresa Couture, el proceso no es una red para que el adversario caiga en ella, quedando entrampado en la imposibilidad de aportar el material probatorio necesario para acreditar sus pretensiones³⁴.

Ahora bien, haciéndonos cargo de lo dicho creemos necesario que las partes sean advertidas de la circunstancias en que se encuentran en lo relativo a los medios de prueba, circunstancia que es coherente con lo señalado a propósito de la necesidad de probar la mejor posición probatoria y la dificultad probatoria evidenciarla, ya que este es un momento en donde las partes toman conocimiento de esta circunstancia. Momento concebido, de acuerdo al anteproyecto, para que tenga lugar en la Audiencia preliminar, lo cual no deja de generar una dificultad, ya que concebir, en el contexto de un nuevo procedimiento civil, en la Audiencia Preliminar la exigencia de advertir a las partes de la mejor o peor posición probatoria no es compatible con la circunstancia que es en la fase de postulación la oportunidad en que las partes deben ofrecer los medios de prueba de que van a valerse, entonces ¿Cómo vamos advertir, a aquella parte que no debía probar, en la Audiencia Preliminar que debe aportar material probatorio al proceso? ¿En qué oportunidad va a ofrecer esa prueba, si esa oportunidad procesal, ya que ha transcurrido? Por esto es necesario concebir una oportunidad extraordinaria para que pueda ofrecer la prueba, una vez advertido por el juez de la dificultad probatoria de la otra parte.

VII. Situación actual en la legislación chilena.

1.- Responsabilidad civil medica.

Partiendo de la circunstancia ya expresada de que en algunos casos de responsabilidad por la mala praxis médica la víctima se encuentra en una posición desventajosa en cuanto a la prueba, por sobre la posición de la

³⁴ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho procesal civil*, (Buenos aires, Depalma, 1979) II. p.144.

medico u Hospital respectivo en cuanto a la información que maneja desde el comienzo, debemos analizar cómo se ha enfrentado esta circunstancia de dificultad probatoria, por nuestros Tribunales.

En este ámbito en que nos enfrentamos a una obligación de medios en que el actor debe probar la culpa o negligencia de la persona a quien atribuimos la calidad de autor del daño, lo que ocurre es que descansa sobre la víctima todo el peso de la prueba, ya que mientras en las obligaciones de resultado se presume la culpa en las obligaciones de medios debe ser probada, hay que mostrar la negligencia.

Ahora bien sin pretender profundizar ni acotar el tema, ya que excede nuestro trabajo, debemos señalar que si bien existe relativo consenso doctrinario para calificar la responsabilidad medica como predominantemente contractual, al analizar nuestra jurisprudencia observamos cómo esta misma se resuelve a la luz de normas tipo extracontractual³⁵. Así, asumiendo que estamos en presencia de una obligación de medios, que además se plantea habitualmente en sede extracontractual y considerando la dificultad probatoria en que se encuentra el demandante, es posible por aplicación del artículo 2329 del Código Civil Chileno³⁶, a través de la presunción de culpa por hecho propio, consignada en su primera parte, distribuir la carga de la prueba, entendiéndose por tal, el hacer recaer las consecuencias desfavorables de la falta de prueba sobre aquella parte que en principio no debía probar, o sea, el demandado. Esto último se obtiene de la aplicación del artículo 2329 a través de una presunción judicial, la cual tendrá lugar cuando ante una intervención médica se produzcan efectos absolutamente desproporcionados, o si los hechos evidencian errores médicos u hospitalarios que no ocurren empleando la debida diligencia.

Una situación similar ocurre en materia de responsabilidad de hospitales y clínicas, las cuales en principio responde en la medida que el actor prueba la negligencia de su actuar, pero también es posible construir una presunción judicial por el hecho propio o ajeno³⁷, trasladándose el peso de la prueba por aplicación de una presunción construida por el juez a la luz de los hechos, considerando para ello específicamente la falta de prueba que le permita construir adecuadamente los mismos y ante la circunstancia evidente de negligencia y falta de cuidado del Servicio de Salud, en este sentido se ha expresado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, señalando "... frente al hecho cierto de que la víctima falleció a consecuencias de una infección intrahospitalaria, la existencia de la negligencia y falta de cuidado en la mantención de las adecuadas o debidas condiciones sanitarias

³⁵ BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 17) p.677

³⁶ Art. 2329 del Código Civil Chileno: "*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*"

³⁷ BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 17) p.688.

del establecimiento, a fin de precaver sucesos semejantes, es de toda evidencia, pues de no ser así, aquella no habría contraído la infección que la llevo a la muerte”³⁸
En este caso ante la circunstancia evidente de negligencia en donde salta a la vista que el daño se ha producido por el hecho del demandado, no logrando acreditar lo contrario, el Tribunal altera la carga de la prueba soportando la sentencia desfavorable aquella parte que en principio no debía probar.

A la luz de lo dicho podemos sostener que en estos casos lo que han hecho nuestros tribunales por vía jurisprudencial es distribuir la carga de la prueba, a la luz de la dificultad probatoria de la víctima y considerando la evidente mejor posición del demandado en esos casos. Haciendo recaer sobre el demandado las consecuencias desfavorables de la falta de a prueba, por no haber acreditado que actuó con la debida diligencia.

2. Responsabilidad por productos defectuosos, breve referencia a la ley de protección al consumidor:

En materia de responsabilidad por productos defectuosos la dificultad probatoria surge del estatuto general de responsabilidad en virtud del cual es necesario probar la culpa y quien prueba es el actor, todo ello con la dificultad que significa probar acción u omisión que provocó el daño y en definitiva cuál es el defecto del producto que fue capaz de producir el daño³⁹, frente al fabricante el cual posee en su poder toda la línea de producción del respectivo producto, además de sus componentes reales.

Sobre este punto nuestra Ley de protección al consumidor contiene una norma (art. 47⁴⁰) que a primera vista nos podría conducir a pensar que estamos en presencia de alguna manera de cargas probatorias dinámicas, pero no nos parece tan sencilla la analogía, ya que lo que hay a nuestro entender, en la referida disposición, es derechamente una presunción de responsabilidad para el evento de cumplirse un determinado supuesto, cual es que se acredite cierta peligrosidad o niveles de toxicidad de un producto. No entrega al juez la distribución de la carga de la prueba, sino que le impone el

³⁸ Corte de Concepción, 10.08.2000, GJ. 259, 38.

³⁹ BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 17) p. 749.

⁴⁰ Art. 47 Ley de protección al consumidor: *“Declarada judicialmente o determinada por la autoridad competente de acuerdo a las normas especiales a que se refiere el artículo 44, la peligrosidad de un producto o servicio, o su toxicidad en niveles considerados como nocivos para la salud o seguridad de las personas, los daños o perjuicios que de su consumo provengan serán de cargo, solidariamente, del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio, en su caso. Con todo, se eximirá de la responsabilidad contemplada en el inciso anterior quien provea los bienes o preste los servicios cumpliendo con las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza de aquéllos”*

imperativo de que para el evento de concurrir los supuestos allí señalados opere derechamente la presunción, en virtud de la cual surge la responsabilidad ahí indicada, hay un imperativo que no es comparable a lo que pretende la carga probatoria dinámica.

3. En materia laboral, ¿hay efectivamente carga probatoria dinámica?

Con motivo de la reforma a nuestro procedimiento laboral se ha incorporado una norma a propósito de la tutela de los derechos fundamentales, el art. 493 del código del Trabajo: "Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Al analizar esta norma nos parece que se dan los supuestos de aplicación de las cargas probatorias dinámicas, por cuanto reconoce la dificultad probatoria en que se encuentra el trabajador que es objeto de una medida que vulnera sus derechos eventuales, pero no sólo reconoce su dificultad, sino que exige que pruebe, que aporte material probatorio que al menos constituya un indicio de las medidas reclamadas. Siendo compatible esto último con lo señalado en los párrafos anteriores en orden a que la parte que resulta beneficiada con la carga probatoria dinámica debe probar su dificultad o al menos evidenciarla, que mejor para ello que aportar indicios que permitan revelar los actos de los que fue objeto, no exigiéndole la conducta lesiva plena⁴¹.

Y luego, en el evento de acontecer esta primera circunstancia el empleador deberá desvirtuar la prueba rendida por el denunciante, exigiendo una actividad de su parte no permanecer en la posición de mirar como el denunciante prueba.

De este modo esta norma, permite distribuir la carga de la prueba de trabajador a empleador y para ello será el juez quien en la etapa de dictar la sentencia quien tendrá que analizar ambas circunstancias y determinar si hay indicios para luego ver si el empleador logro desvirtuar la prueba del denunciante.

VIII. Conclusiones.

⁴¹ Corte Apelaciones de Valparaíso. Recurso de Nulidad. Tutela de derechos fundamentales. Denuncia de Dirección del Trabajo. Prueba Indiciaria. Artículo 493 Código del Trabajo. 5.11.2009.

1. A partir del estudio de la carga procesal, revelamos el carácter dinámico originario de las reglas sobre carga de la prueba, por ser ésta última una de las expresiones más importantes de la carga procesal.

2. Junto con esta evidencia, constatamos como dichas reglas construidas a través del tiempo se han alejado de esta concepción originaria fijándose como reglas estáticas, incapaces de constituir una regla general susceptible de aplicarse a las diversas situaciones que acontecen en el tráfico jurídico.

3. Lo anterior se ha traducido en que las partes se ven enfrentadas a una extrema dificultad a la hora de aportar los medios de prueba que permitan acreditar los hechos invocados en juicio.

4. Es ante esta realidad que aparece la doctrina de las cargas probatorias dinámicas haciendo frente a la insuficiencia de las reglas existentes para solucionar dichas dificultades probatorias, reconociendo que dicha imposibilidad puede encontrar su fundamento en las enormes transformaciones que ha experimentado la sociedad, lo cual nos lleva establecer reglas de carga de la prueba de aplicación general, que permitan al juez atender al caso concreto.

5. Así es el sentenciador quien a la hora de resolver determinará a cuál de las partes correspondía probar, aplicará entonces la regla de juicio que hace recaer las consecuencias de la falta de la prueba sobre quien debía probar y no lo hizo, para ello tendrá en consideración a la mayor o menor posición probatoria.

6. Pese a las dificultades que se han revelado con respecto a la aplicación de estas reglas hemos desentrañado probables soluciones a cada una de ellas.

7. Sin duda estas reglas descansan en la premisa de la confianza en nuestros sentenciadores quienes de acuerdo a su propio criterio determinarán si concurren los supuestos para la distribución dinámica de la prueba.

8. Esta doctrina se enmarca en una nueva visión del proceso civil moderno fuertemente marcado por la idea de la colaboración entre las partes, visión que es recogida por nuestro Proyecto de Código Procesal Civil.

9. Nuestro ordenamiento muestra rasgos de encaminarse en este sentido, tal como lo evidenciamos en materia de responsabilidad médica y en materia laboral

IX. Bibliografía.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad extracontractual*, (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006)

BARBERIO, Sergio José, *Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?*, en PEYRANO, Jorge (editor) *Cargas probatorias dinámicas*, (1ª edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004)

CARRETA, Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*, en *Revista de Derecho Universidad Austral XXI* (2008)

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, (3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1990)

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho procesal civil*, (Buenos Aires, Depalma, 1979)

CHIOVENDA, Guisepppe, *Principios de Derecho procesal civil*, (Madrid, Reus, 1922-1925)

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil* (Madrid, La Ley, 2006)

GOLDSCHMIDT, John, *Principios Generales del proceso. I teoría general del proceso* (2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961)

LÉPORI WHITE, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, en PEYRANO, Jorge (editor) *Cargas probatorias dinámicas*, (1ª edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004)

LUNA YERGA, Álvaro, *Regulación de la carga de la prueba en la ley: En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitari*, en revista electrónica Indret (working paper nº165, Barcelona, 2003)

MENESES PACHECO, CLAUDIO, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001)

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, (4ª edición, Navarra, Aranzadi, 2005)

MORELLO, Augusto, *La prueba: tendencias modernas*, (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991)

MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria* (4ª edición, Barcelona, 1993)

PAZOS MÉNDEZ, Susana, *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*, en en PICO I JUNOY, JOAN-ABELLIUCH, Xavier (editores) *Objeto y carga de la prueba civil* (Barcelona, editorial José María Boch editor, 2007)

PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil*, parte general, PEYRANO, Marco L., "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000)", en *Revista Electrónica de de Derecho comparado*, http://www.urj.es/z_files/ad_centros/ad03/Revista_Electronica_Derecho_Comparado_Prologo.doc

PEYRANO, Jorge, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en PEYRANO, Jorge (editor) *Cargas probatorias dinámicas*, (1ª edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004), SENTÍS MELENDO, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1959)

TAVOLARI, Raúl, *Variaciones de la prueba en el proceso civil*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCV- n° 2 (1998),