

## **CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CIVIL**

***María José Arancibia Obrador***

Abogada

Profesora Auxiliar de Derecho Civil

Universidad Gabriela Mistral

### **INTRODUCCIÓN**

Como consecuencia del proyecto de nuevo Código Procesal Civil (Boletín N° 8197-07) que vendrá a reemplazar a nuestro antiguo Código de Procedimiento Civil de 1902, han surgido varios puntos de discordia, referidos a aspectos cuyas implicancias en el marco de la reforma exigen no tomarlos a la ligera, los cuales deberán ser mejorados durante el debate parlamentario.

Es un hecho evidente que una reforma del Derecho adjetivo resulta al día de hoy indispensable. Sin embargo, de esta sola afirmación no se sigue que cualquier reforma sea deseable: es necesario que cualquier intento reformador sea hecho en concordancia con las reglas y principios afirmados por el Derecho sustantivo, teniendo siempre en consideración que, si no existe una consonancia entre ellos, el único perjudicado es el titular de los derechos, las personas, dado que en último término la tutela de la persona, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, es la finalidad última del Derecho.

En la actualidad existe un consenso en las líneas generales sobre las cuales se apoya el proyecto de reforma, lo que no ha obstado a que se haya generado discusión sobre diversos temas, más bien puntuales<sup>1</sup>. El tema central de este artículo es uno de los puntos

---

<sup>1</sup> Otros temas cuya incorporación en el nuevo Código Procesal Civil ha generado debate y cierta resistencia son el recurso extraordinario, con su consecuente alteración de las condiciones de acceso por las partes al máximo Tribunal del país y con la transformación de las funciones de este órgano que su aprobación supondría; la capacidad procesal; y la figura del oficial de ejecución.

controvertidos de la reforma, las cargas dinámicas de la prueba. Precisamente, las cargas dinámicas es uno de los temas que ha planteado la reforma sobre el cual no existe consenso. Quienes las apoyan justifican su posición en que éstas aminorarían la problemática que surge como consecuencia del hecho que las distintas partes en el proceso no estén siempre en pie de igualdad, lo cual provoca que en los hechos exista una asimetría dentro del proceso. Por su parte, quienes presentan una visión crítica respecto a ellas (entre los cuales me cuento) creemos que su reconocimiento puede importar tanto una afectación de importantes garantías comprendidas dentro del concepto de debido proceso, como una alteración incluso de las reglas sustantivas sobre las cuales se estructuran las relaciones jurídicas privadas.

## **CONCEPTO DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS**

La concepción de las cargas probatorias dinámicas tuvo su origen en el Derecho argentino, donde se atribuye su creación y su denominación al profesor Jorge W. PEYRANO, aunque existen otras figuras en el Derecho comparado (particularmente en España, Italia y Alemania) cuyo contenido o funciones pueden aproximarse bastante<sup>2</sup>.

Las cargas dinámicas, de acuerdo a este autor, lo que buscan es flexibilizar la "rigidez" de las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba. Así, en términos simples, podemos decir que ésta consiste en la facultad que tiene el juez de alterar la regla probatoria, encontrándose fundamentado este poder en las mejores condiciones en que se encuentra una de las partes para producir la prueba, sin que sea relevante su carácter de actor o demandado. De esta manera, según el autor en comento, el peso de probar debe desplazarse al demandante o al demandado, o viceversa, según correspondiere, atendiendo a la parte que se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de hechos que alegue.

Ahora bien, en la reforma, por texto expreso de la propia ley, dicha determinación queda exclusivamente en manos del juez, en forma

---

<sup>2</sup> Se les llama también carga dinámica de la prueba, carga de prueba compartida, cargas probatorias dinámicas, doctrina de la prueba compartida y prueba compartida entre otras. Peyrano y Lépori. Cargas probatorias dinámicas Rubinzal – Culzoni Editores. 2008. p.60. Para el caso español, consúltese la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000).

absoluta, sin que las partes puedan reponer o apelar de dicho criterio, lo cual *a priori* es un tanto arriesgado. En efecto, el hecho que las partes no tengan la posibilidad de impugnar esta resolución puede acarrear una situación de indefensión, sobre todo si consideramos la trascendencia que tendrá en la decisión del asunto controvertido: al decidir el juez según el mérito de los antecedentes dentro del proceso que una de las partes efectivamente puede probar siendo que, según las reglas generales, le corresponde probar a la contraria sus dichos, está afectando la previsibilidad de la sentencia y de alguna forma está también anticipando una opinión sobre ella, con lo cual la seguridad jurídica y la imparcialidad se ven sumamente afectadas<sup>3</sup>.

Por su parte, entre los autores que sostienen esta doctrina, entre los cuales podemos citar a LÉPORI, se argumenta que mediante su aplicación “no se desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad<sup>4</sup>. “El propio PEYRANO justifica las cargas dinámicas, diciendo que nació para aliviar la improba tarea de la víctima, paciente de un acto quirúrgico, consistente en producir “pruebas diabólicas” tendientes a demostrar la culpa galénica en materia de responsabilidad civil médica”<sup>5</sup>. Como pone de manifiesto PEYRANO, la citada teoría tiene su campo de aplicación mayoritariamente en los casos de mala práctica profesional donde, en general, el médico, el abogado, el notario, etcétera, por sus mayores conocimientos en la materia sobre la que versa el proceso, pueden demostrar con mayor facilidad su obrar concreto, mientras que a la parte perjudicada por la actuación profesional le resultara, en la mayoría de los casos, muy dificultosa la prueba de su culpa<sup>6</sup>.

Sin perjuicio de ello, tal cómo se señalará en las conclusiones, no podemos estar sino en desacuerdo con lo argumentado, puesto que se trata de una argumentación que desconoce la regla más básica del

---

<sup>3</sup> Es de la forma que actualmente se encuentra regulada la propuesta: el proyecto no contempla la procedencia de recurso alguno, por lo que las partes podrían quedar en la indefensión al no estar suficientemente fundada la argumentación o si ella no corresponde a juicio de alguna de las partes.

<sup>4</sup> PEYRANO Jorge y LÉPORI WHITE, Inés. Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores. 1ª Edición 2008. p 60.

<sup>5</sup> PEYRANO, Jorge W., *Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo*, en J. A. 1993-III-738.

<sup>6</sup> ARAZI, Roland; *"Derecho Procesal Civil y Comercial"*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 57.

Código Civil, contenida en el artículo 1698, y las posibilidades que brinda su correcta interpretación, afectando de manera gravísima la seguridad jurídica, por las razones que expondremos en detalle más adelante.

## **PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. ARTÍCULO 294**

Haciendo un poco de historia, debemos señalar que en el anteproyecto existía esta regla, pero su redacción era mucho más amplia y más compleja para las partes litigantes, puesto que su aplicación tenía lugar una vez que el juez tenía que dictar sentencia, momento en el cual no sólo debía examinar la facilidad de acceso a la prueba de cada una de las partes, sino también cual fue el comportamiento durante el proceso. En este sentido, se establecía en el artículo 284 del anteproyecto:

*“Art. 284. Carga de la prueba. Corresponde a la parte a quien beneficie la aplicación de una norma jurídica acreditar sus supuestos fácticos.*

*En casos calificados, ante la omisión o deficiencia de prueba, el tribunal podrá dar por establecidos los hechos conforme a la conducta que hayan tenido las partes en el proceso y por la falta de cooperación ante la falta de acompañamiento de los medios de prueba que dispongan en su poder en la audiencia de juicio, siempre que se hubiere efectuado previamente el apercibimiento en este sentido en la audiencia preliminar”<sup>7</sup>.*

El argumento era que el juez podía fundar su decisión no sólo atribuyendo la carga de probar a quien tenía mayor facilidad de acceso a la prueba, sino que también podía considerar como factor cual fue el comportamiento de la parte en el proceso, basado ello en el principio de la colaboración. Sin embargo, en el seno de la Comisión encargada de preparar el proyecto se reformuló dicho artículo, quedando su redacción tal como está actualmente en el Proyecto:

---

<sup>7</sup> Anteproyecto de Código Procesal Civil. Publicado en Revista de Estudios de la Justicia. N°8. 2006. pp.47-188.

[http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej8/PROYECTO\\_CPC%20\\_8\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej8/PROYECTO_CPC%20_8_.pdf)

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

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

Como es posible advertir, en dicho artículo se contienen dos reglas:

- a) El inciso 1° se encarga de recoger en términos conceptualmente precisos la regla de juicio actualmente vigente en el artículo 1698 del Código Civil, poniendo de cargo de aquella parte a quien beneficie la aplicación de una norma jurídica la acreditación de los elementos de hecho necesarios para que ésta se produzca.
- b) El inciso 2° introduce un nuevo criterio que, basado en la “*facilidad de acceso*” que tiene cada una de las partes del proceso a la fuente de la prueba, permite al juez invertir la distribución de la carga originalmente determinada conforme al primero.

Precisamente, este segundo criterio es el que genera mayores dificultades desde la perspectiva de la comprensión de nuestro sistema legal, hecho que, habiendo sido puesto de manifiesto por un número significativo de profesores de Derecho privado<sup>8</sup>, ha obligado a los profesores de Derecho procesal a realizar diversos descargos en los foros sobre la reforma, hasta el punto de llegar a decir que no

---

<sup>8</sup> Sobre este punto, considérese la declaración efectuada por un grupo de cerca 80 académicos al término de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. v. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reports/2012/08/17/Profesores-de-Derecho-Civil-rechazan-la-carga-dinamica-de-la-prueba-y-la-eliminacion-de-la-casacion.aspx>

estamos en presencia de la doctrina de las cargas dinámicas, sino de otra distinta, de la "facilidad de acceso"<sup>9</sup>.

Discrepamos de lo anterior, puesto que, tal como se señaló anteriormente, la doctrina puede ser conocida por diversos nombres, y no por esa razón será algo distinto de lo que es, debiendo el análisis estar centrado no en una cuestión terminológica, sino de los efectos que se producen las reglas que son objeto de análisis. Por eso, nos parece una discusión completamente inútil el señalar que la diferencia estriba en el nombre siendo que en los hechos es lo mismo.

### **Requisitos de procedencia de las cargas dinámicas**

En los países en los cuales se contienen reglas que reconocen las cargas dinámicas, no existe consenso en cuanto a determinar la existencia de un catálogo obligatorio de requisitos para su procedencia, siendo éstas establecidas de manera separada por cada legislación, debiendo buscarse en sus efectos el factor de unificación. Por su parte, estando nuestro estudio centrado en su recepción por el Derecho nacional, la pregunta que debemos plantearnos es ¿Qué es lo que contiene la reforma procesal civil?

Sobre el punto, la reforma pretende introducir una verdadera innovación en la forma como se asigna la carga de la prueba por nuestro Derecho, permitiendo al juez civil tener por acreditados ciertos hechos, invirtiendo la carga de la prueba establecida de manera abstracta por la ley, con la finalidad de permitirle dictar una sentencia en contra de aquella parte que, habiéndose considerado tenía un mejor acceso a las fuentes de prueba, no cooperó, dejando de aportar las pruebas señaladas. Como puede apreciarse, el estándar es que una parte se encuentre en una mejor posición probatoria que otra y no cuál es su posición frente a la aplicación de una regla de derecho, considerándose especialmente si dispone de conocimientos especiales en la materia o si los medios de prueba se encuentran en su poder.

---

<sup>9</sup> Este argumento ha sido utilizado con particular énfasis, por el profesor Raúl Tavolari Oliveros.

## **EL CONCEPTO DE PROCESO SOBRE EL CUAL SE SUSTENTA LA DOCTRINA DE LAS CARGAS DINÁMICAS**

Toda reforma procesal no es simplemente una modificación legal que pase desapercibida, ésta es sustentada por lo que entendemos por proceso, y en consecuencia determinará qué clase de sistema procesal adherirá. Lo anterior no es solamente doctrinario o conceptual, pues es sustentado por una ideología.

En principio, debemos entender que, cuando las partes recurren al proceso, entregan a un tercero ajeno a los intereses en juego la decisión del conflicto, cobrando especial importancia el resguardo de las garantías que rodean la toma de esta decisión, en lo que constituye el proceso. De esta manera, podemos decir que el ejercicio de la jurisdicción, supone la existencia de un poder que se enmarca dentro de una especie de ritualidad o forma, de acuerdo a un orden lógico<sup>10</sup>. Sin embargo, no cualquier ritualidad es proceso.

Así para ALVARADO VELLOSO proceso es "el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa"<sup>11</sup>. Este concepto es precisamente el que corresponde al sistema dispositivo, excluyendo a aquellos órdenes estructurados según los principios de su antagonista el inquisitivo, que no dice relación con el proceso. Precisamente es el sistema inquisitivo el antónimo al concepto de proceso propuesto por ALVARADO VELLOSO, pudiendo encontrarse dentro de sus características precisamente esta primacía de la búsqueda de la verdad material o histórica, puesto que el juez pasa a ser el buscador activo de la verdad provocándose una confusión de roles entre juzgador y acusador.

Visto de esta manera quizás sería un tanto osado y extremo afirmar que estamos en presencia de un retroceso al sistema inquisitivo, pero ello no es lejano, sobre todo considerando que, según se ha señalado por parte de la doctrina, en pleno siglo XX surge un "reverdecer neo-inquisitivo"<sup>12</sup>, que fue seguido por todos los regímenes totalitarios, existiendo un robustecimiento de los poderes de dirección del juez y de sus facultades probatorias con miras a averiguar la verdad material del proceso. Conforme a esta visión, el juez colabora en el proceso,

---

<sup>10</sup> PALAVECINO, Claudio. Ob cit.

<sup>11</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal. Garantía de Libertad. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, vol.I. p.66

<sup>12</sup> PALAVECINO, Claudio. Sistemas procesales e ideologías. Revista de Derecho y Humanidades N°17, 2011. p.21.

asume una posición activa, que implica la adopción de ciertos deberes, no frente a los pares, sino para con la sociedad.

De este modo al estimar al proceso como un método para el descubrimiento de la verdad de los hechos, el legislador deja de confiar en las partes y entrega a la actividad probatoria al juez. Como expresión de lo anterior cabe citar a TARUFFO, autor que ha puesto énfasis en el hecho que “diversos legisladores procesales han advertido la necesidad de hacer que la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas deje de ser un asunto privado de las partes y deje de depender exclusivamente de sus iniciativas y de sus elecciones tácticas. En otras palabras, esos legisladores han advertido la exigencia de dar a la actividad del juez una orientación marcadamente epistémica, confiándoles poderes necesarios para la búsqueda de la verdad”.<sup>13</sup> Es que para los seguidores de esta tendencia el proceso, aún civil, debe ser entendido mirando al interés público. En este sentido se pronuncia el profesor BORDALÍ, para quien “la jurisdicción no es un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos para que dirima sus conflictos privados sino que la jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de la legalidad; es el terminal de la publicidad, esto es, la última instancia dentro del sistema estatal para defender y realizar la legalidad constitucional”.<sup>14</sup>

Sin embargo, y más allá del prestigio con que cuentan autores favorables a esta visión publicista del proceso, no podemos sino insistir en que la prevalencia del interés público en el proceso civil trae como consecuencia que su control y su resolución no queden entregados a las partes, puesto que hay una mayor intervención del Estado en un asunto que es esencialmente de interés particular, colocándose la necesidad de alcanzar una verdad dentro del proceso que se corresponda con la forma en que efectivamente ocurrieron los hechos como un fin en sí mismo, independiente de la resolución del conflicto, trayendo esta intervención como consecuencia el no respeto a la garantía del debido proceso, lo que se expresa en este caso particular en el hecho que las cargas dinámicas tengan como resultado la violación del derecho de defensa de las partes y la afectación de la garantía de la imparcialidad del juzgador.

---

<sup>13</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente La Verdad, El Juez Y La Construcción De Los Hechos*. Madrid Marcial Pons, 2010, P.199

<sup>14</sup> BORDALÍ, Andrés, “Los poderes del juez civil” De la Oliva Andrés y Palomo Diego (coord.) *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.192.



Es por ello que el fin del proceso no es ni puede ser la búsqueda de la verdad material, sino que el convencimiento del juez con respecto al debido proceso. Otorgarle iniciativa probatoria al juez contradice el principio dispositivo y priva de sentido y eficacia a la carga de la prueba.

Entendiendo que el proceso civil es una herramienta que nace con la finalidad de proveer a las partes de una solución para los conflictos de relevancia jurídica que entre ellas se produzcan, solución a la cual se arribará después de substanciado un procedimiento, de cumplida una ritualidad establecida por la ley, donde éstas deben encontrarse en una posición de igualdad para debatir frente a un juzgador independiente, la función que debe corresponder a este último respecto de los hechos es solamente verificar los hechos que han sido controvertidos, asegurando que no existe la transgresión de ningún derecho fundamental. El juez debe tener un rol neutral dentro del proceso, absteniéndose de realizar labores que puedan afectar esta imparcialidad, como lo sería el suplir la deficiencia del material probatorio aportado por cada una de las partes y que corresponde a ellas entregar en tiempo y forma, dado que ello no sólo afecta una de las principales garantías que protegen a las partes, sino que además crearía un incentivo perverso para la parte que prefiere ser asistida por el juez por medio de las cargas dinámicas, viéndose liberada de sus responsabilidades dentro del proceso.

Por su parte, quienes apoyan esta doctrina han postulado que el conferir estos poderes al juez permitiría que la sentencia gozara de una mejor calidad, en cuanto recoge de mejor manera la forma en que efectivamente ocurrieron los hechos. Creemos que ello no es correcto, toda vez que, como hemos visto anteriormente, no es posible escindir esta problemática de la otra referida a la igualdad de las partes en el proceso. En último término, si se quiere mejorar la calidad de las sentencias, lo que cabe es reformar los medios de prueba y particularmente las medidas que permiten el acceso a las pruebas que se encuentran en poder de la contraparte, las cuales ya existen en nuestro ordenamiento procesal, de manera tal que tengan sanciones lo suficientemente disuasivas y que sean efectivamente aplicadas por los jueces.

En adición a la importancia que se asigna a la búsqueda de la verdad material, y en forma coherente con ella, se han señalado por parte de quienes favorecen la recepción de las cargas dinámicas otros principios en su sustento, como son el deber de colaboración, el principio de solidaridad y la buena fe procesal. Sin embargo, ninguno de ellos por sí sólo permite justificar la introducción de una regla que

resulta tan lesiva para los derechos de las partes en el proceso. En este sentido, es posible advertir que en nuestra actual regulación procesal civil se contempla, por ejemplo, el deber de colaboración en la actividad probatoria. En este sentido, si bien nuestro Código de Procedimiento Civil se estructura conforme a un principio general de autoayuda, que implica que las partes no sólo tendrán que acreditar aquellos que conforme a las reglas de la carga de la prueba les sean asignados por constituir el fundamento fáctico de su pretensión, sino que además, por regla general, solamente podrán valerse de aquellas fuentes de prueba que se encuentren dentro de su poder<sup>15</sup>, admite ciertas excepciones, como ocurre con todas aquellas disposiciones que, con el objeto de colaborar con la prueba, imponen una determinada actuación a la contraparte, como ocurre con la absolución de posiciones, la exhibición de libros contables y en términos generales con la exhibición de documentos.

## **EFFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LAS CARGAS DINÁMICAS**

Nuestro actual sistema de la carga probatoria se encuentra estructurado por el *legislador*, éste es quien determina cuál es la posición de cada parte y distribuye la carga. La excepción se produce cuando existan buenas razones para cambiar la carga probatoria, y opera desde el punto de vista del Derecho sustantivo: el legislador puede contemplar presunciones, con lo cual la parte potencialmente perjudicada deberá probar que el hecho presumido no existe, o bien rendir prueba a fin de descartar el hecho que sirve de base para la creación de la presunción.

Este es el punto importante a destacar: lo normal y la regla general es que queda entregado al legislador y no al juez la determinación de la carga probatoria. ¿Por qué hacer esta distinción? Porque si el juez civil interviene provoca que éste pasa a ser parte del juicio, cooperando con aquella parte que a su juicio se encuentra en una "desventaja", deja de ser un tercero imparcial que decide mediante las prueba que las partes le entregan y pasa a ser otro más dentro del proceso.

En efecto, el resultado que provocaría la introducción de las cargas dinámicas es romper con el criterio que permite la distribución de la carga de la prueba, el cual deja de ser un criterio sustantivo estructurado sobre elementos de carácter generales y abstractos,

---

<sup>15</sup> Pinochet Cantwell, Francisco José. Cargas dinámicas de la prueba: el modelo chileno p.317.

pasando a ser un criterio netamente procesal bajo el concepto de una "mayor facilidad de acceso la prueba". Las consecuencias de este hecho son fácilmente apreciables. Por ejemplo, ¿cómo podríamos pedirle a este acreedor que prueba el cumplimiento de una obligación por el deudor? ¿Cómo podría este acreedor probar que el deudor no ha cumplido con ella?

Por lo demás, esta posibilidad de afectación de la imparcialidad del juzgador resulta especialmente grave, si consideramos que existen otras medidas desarrolladas por el Derecho probatorio, entregadas a la actividad de las partes y que no comprometen la posición del juzgador, como son la absolucón de posiciones y la exhibición de documentos.

De lo expuesto queda de manifiesto que debe ser la ley y no el juez quien determine quién debe tener la carga de probar los hechos. Una regla como la comentada, aun cuando reciba una aplicación excepcional, tiene un efecto disruptivo en nuestro ordenamiento, al encontrarse fundada en un precepto que carece de toda relación con la posición en que se encuentran las partes frente a la aplicación de una regla de Derecho sustantivo y que, a diferencia de lo ocurre con la actual regulación, no guarda concordancia con los otros correctivos contemplados por la legislación, como es el régimen de presunciones.

Más aún, como hemos tratado de mostrar, nuestro ordenamiento ya contiene soluciones a los problemas de asimetría en el acceso a la prueba que pueden ser complementados y perfeccionados en el actual proyecto (solicitar exhibición de documentos, peritajes). En este contexto, la insistencia en el cambio de las reglas sobre las cargas de la prueba parece responder antes a una cuestión ideológica sobre cuál es la posición del juez en el proceso y las funciones que éste debe desarrollar más que a la efectiva solución de un problema práctico.

## **LAS RAZONES PARA UN NO**

De todo lo dicho, hay algo que advertir que el objetivo de este artículo no es una manera de protesta a una reforma que es necesaria, sino exponer que se debe tener mucho cuidado al adoptar una decisión tan radical como las cargas dinámicas de la prueba.

No debemos olvidar que la regla de la carga de la prueba desarrolla una importancia que no se ve limitada a su carácter de regla de juicio

dirigida al juez a fin de evitar el *non liquet*. Si bien su máxima expresión se producirá dentro del proceso, al momento de permitir definir el contenido de la sentencia según cual haya sido la actividad probatoria desarrollada por las partes, ello no obsta a que también sea una regla dirigida a las partes: durante el proceso, les indicará cuales son los hechos que deberán ser acreditados, so riesgo de ver rechazada su pretensión o excepción, e incluso antes del proceso, les indicará en caso de conflicto que pruebas deberán ser recabadas o conservadas, así como su posición frente a éste, contribuyendo a la previsibilidad de su resultado.

Por esta razón, una eventual regla como la contemplada en el artículo 294 inciso 2º del Proyecto de Código Procesal Civil no puede pretender buscar una justificación mirando exclusivamente al Derecho procesal. Al contrario, atendida las diferencias que existen en este punto con otras instituciones, si propiamente procesales (como las reglas que establecen los medios de prueba y la forma como debe ser valorada por el adjudicador) y su estrecha relación con otras reglas de Derecho sustantivo (principalmente, reglas sobre presunciones) debe siempre mirar a la coherencia que guarda con la regulación general, hasta ahora contenida en el Código civil.

En efecto, en nuestro Derecho la regulación sobre la carga de la prueba está contenida en el artículo 1698 CC, en una regla que, debido a su carácter general, simpleza, buena redacción y conformidad con los criterios generales de justicia y las necesidades del tráfico, ha proveído de seguridad a los justiciables, al tiempo que permite una evolución en su interpretación. Según dispone este artículo, "corresponderá probar la existencia de una obligación o su extinción a quien alegue una u otra", lo cual se encuentra acorde con el carácter excepcional y esporádico que tiene la existencia del vínculo obligatorio; y que debe interpretarse acorde con lo dispuesto en el artículo 1437 CC, que en términos generales señala cuales son los hechos jurídicos de los cuales depende el nacimiento de éstas. De la misma forma, la regla descrita se encuentra en perfecta armonía con el artículo 1547 CC, regla que permite presumir que todo incumplimiento contractual es culpable, a menos que el deudor pruebe lo contrario, esto es, la debida diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones. De esta manera es la ley y no el juez, quien determina quién debe acreditar los hechos de los que emana la obligación cuya existencia se alega, o los hechos que determinan su extinción.

Contrariando lo anterior, el Proyecto de Código Procesal Civil busca la introducción de una regla que, obviando cuales sean las alegaciones

realizadas por las partes, permite la atribución de la carga de la acreditación no según un criterio dependiente de una cuestión material, de fondo, como es la posición que ocupan las partes frente a la aplicación de una norma jurídica (como ocurre hasta ahora), sino de acuerdo a un criterio meramente procesal, como es la accesibilidad que tienen a las fuentes de prueba. Por esta razón, es posible advertir que las cargas dinámicas de la prueba no sólo afectan el debido proceso, sino también la seguridad jurídica: si esta regla es incorporada a nuestro ordenamiento, las partes no podrán saber, con certeza y de antemano, cuáles serán los hechos que les corresponderán acreditar, conforme con su posición frente a la aplicación de una regla de Derecho sustantivo, quedando entregadas al arbitrio del juez. Frente a esta situación, la conservación de una regla como la actualmente vigente parece conveniente, atendida la seguridad jurídica que provee a todas las partes su carácter general y abstracto, propio de una regla legal.

Para terminar este apartado, reiteramos una idea a la que ya hemos referencia antes: debe considerarse que una regla como la señalada no parece como necesaria en nuestro ordenamiento, que ha proveído de soluciones a las asimetrías de acceso a las fuentes de prueba a partir de otras herramientas, que no cuestionan en sí el funcionamiento en general del sistema. En efecto, además de las medidas probatorias a que hicimos referencia precedentemente, debe considerarse el rol general que las presunciones han desarrollado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y la forma como la ley distribuye la carga de la prueba tratándose de la responsabilidad contractual. En sede contractual, ex artículo 1547 CC, al que ha incumplido el contrato se le presume culpable, y tendrá la carga de probar que ha empleado la debida diligencia y cuidado. En el ámbito extracontractual, y dejando de lado las hipótesis de responsabilidad objetiva y las abundantes presunciones de culpa, es la víctima la llamada a acreditar la culpa del infractor y los daños que ha sufrido.

## **CONCLUSIONES**

Por las razones antes expuestas consideramos que la conservación de una regla como la propuesta en el proyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil no parece conveniente, sobre todo si consideramos que esta insistencia en la prevalencia del interés público en el proceso civil trae como consecuencia que su control y su resolución no queden entregados a las partes, produciéndose una

mayor intervención del Estado en un asunto que es esencialmente de interés particular, lo que queda reflejado en la necesidad de alcanzar una verdad dentro del proceso que se corresponda con la forma en que efectivamente ocurrieron los hechos como un fin en sí mismo, independiente de la resolución del conflicto, trayendo esta intervención como consecuencia el no respeto a la garantía del debido proceso, lo que se expresa en este caso particular en el hecho que las cargas dinámicas tengan como resultado la violación del derecho de defensa de las partes y la afectación de la garantía de la imparcialidad del juzgador.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, nos gustaría destacar un elemento adicional: una regla de carga probatoria dinámica produce inseguridad jurídica para las partes que litigan, dado que sus expectativas dejan de estar cifradas en la aplicación de una norma de carácter general y abstracto, propio de una regla legal, para pasar a encontrarse sujetos a lo que el juez pueda decidir según los amplios criterios que recoge la regla propuesta.

Una solución que se puede adoptar sin contravenir el debido proceso y las normas sustantivas es mejorar el sistema probatorio, mediante la perfección de la exhibición de documentos, presunciones u otras medidas procesales de colaboración de generación de la prueba, que sea a instancia de parte y no por el juez, a fin de evitar que éste deje de ser un tercero imparcial, para pasar a ser una parte activa del juicio.

Además de lo dicho, no es posible dejar de advertir las paradojas que se producen como consecuencia de una regla como esta, las cuales resultan difíciles de entender. La reforma procesal civil y su orientación hacia lo público y la verdad material adolece de una inconsistencia de cara a otras reformas procesales chilenas, en especial con la reforma procesal penal: sin duda que en materia penal existe un interés público prevalente, que no se encuentra en el proceso civil, y sin embargo, se ha adoptado un sistema adversarial donde el juez guía el debate y prueba, pero no goza de un rol activo en cuanto a la obtención y producción de ésta.

En último término, viendo los innumerables conflictos que trae consigo su incorporación en nuestro ordenamiento, tanto desde la perspectiva de los valores que son protegidos por el proceso, como del equilibrio entre lo público y lo privado, y la existencia de otras soluciones alternativas, que no acarrear los mismos inconvenientes, no es posible sino pensar que lo que está en juego aquí es antes una cuestión ideológica, referida a cuales deben ser los poderes del juez y su posición frente al conflicto, que la solución a un problema práctico ocasionado por la asimetría de acceso a las fuentes de prueba.