

# El principio de facilidad de la prueba en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile: una propuesta de conciliación

**Raúl Tavolari Oliveros**

Profesor de Derecho Procesal

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

**Resumen:** Este artículo explica la conveniencia y necesidad de incorporar en el ámbito del derecho probatorio nacional el principio de facilidad de la prueba, conocido, también, como el tema de las cargas probatorias dinámicas. Demuestra que se trata de una institución analizada largamente por la doctrina procesal y con vigencia en códigos contemporáneos recientes. Propone, además, una redacción encaminada a disipar toda duda que pudiese suscitar la del actual proyecto de Código Procesal Civil, que se discute en el Congreso.

\*\*\*

Con motivo de la tramitación en el Congreso Nacional del proyecto de nuevo Código Procesal Civil, se han alzado voces cuestionando algunas innovaciones que el mismo propone: básicamente, las críticas se han apuntado al tema del principio de facilidad de la prueba –cargas probatorias dinámicas–, a la ejecución provisional de las sentencias, a la incorporación al ordenamiento del Oficial de Ejecución y a las modificaciones del régimen de recursos, que pueden centrarse en la eliminación de la casación.

Ciertamente, no es posible hacerse cargo de todas las cuestiones que se plantean. Las líneas que siguen se refieren, exclusivamente, a la regulación del principio de facilidad de la prueba<sup>1</sup> y contienen una propuesta encaminada a superar las divergencias.

<sup>1</sup> El artículo 294 del Proyecto de Código Procesal Civil, que se analiza actualmente en el Congreso Nacional, dispone que *"corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficia, 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".*

Este tema se inserta en el de la censura que para algunos merecen las mayores atribuciones que en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, se confieren a los jueces y que, como es sabido, se concreta en la posibilidad, reconocida a los magistrados, para que, en casos calificados y dando anticipada noticia de ello a los litigantes, puedan disponer la aplicación del denominado principio de facilidad de la prueba, consistente en que se impone a la parte que, por las circunstancias del caso, tenga mayores facilidades para acceder a la prueba, la carga de rendirla, aunque con acierto se haya dicho ya por algunos que lo que realmente ocurre es que, en estos casos, se impone sobre dicha parte la consecuencia de la falta de acreditación del hecho de que se trate.

Es lo que se conoce, en especial en esta parte del mundo, como la teoría de las **cargas probatorias dinámicas**.<sup>2</sup> El punto, empero, se encasilla, como he señalado, dentro del marco mayor de la concesión al juez –o no– de iniciativa probatoria en los procesos civiles, criterio aceptado, sin embargo, en la doctrina contemporánea como en el moderno derecho comparado,<sup>3</sup> tanto en el ámbito del “civil law” como en el del “common law”, según se comprueba reparando, por ejemplo, en la modificación belga a su Código Judicial, de 1 de enero de 1993; en el Código Procesal Penal peruano de 1994 en las nuevas Civil Procedure Rules británicas de 1998<sup>4</sup> –que modificaron la tradición del sistema adversarial–; en las Reglas Federales de Prueba de los Estados Unidos de América, que confieren iniciativa probatoria al juez civil en materia de prueba testimonial<sup>5</sup> y, sólo por citar lo más reciente, por el nuevo Código General del Proceso de Colombia, de 12 de julio de este año.

<sup>2</sup> Tras reconocer ser el autor de la denominación, Peyrano aclara que el significado de esta institución, importa atender a que el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse, lo más posible, a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazarse de actor a demandado o viceversa, según correspondiere... cfr: Jorge W. Peyrano, *Procedimiento civil y comercial* 1, Edít juris Santa Fe, 1991, p. 77.

<sup>3</sup> Véase, por todos, de Alvaro Pérez Ragone, “Perspectivas en la Cooperación Judicial Probatoria Comunitaria: diligencias de transfrontera dentro de la Unión Europea”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año VI, N° 10, 2007, p. 247

<sup>4</sup> En las nuevas reglas británicas se dispone que si una de las partes tiene acceso a información a la que razonablemente la otra no tiene, el tribunal puede ordenar a la primera que documente tal información y la proporcione a la parte que no la tiene... **Civil Procedure Rules 1998 Power of court to direct a party to provide information 35.9.** Where a party has access to information which is not reasonably available to the other party, the court may direct the party who has access to the information to— (a) prepare and file a document recording the information; and (b) serve a copy of that document on the other party. Al efecto Taruffo explica que “...es fácil concluir que el modelo típico del proceso de common law está ahora constituido esencialmente de una fase en la cual **ambas partes, bajo la activa dirección del juez, aclaran los términos de la controversia, adquieren a través de la discovery informaciones sobre las respectivas defensas y sobre las pruebas que podrán ser empleadas, Esta fase del procedimiento es esencialmente escrita, dirigida por el juez que dispone al respecto de amplios poderes...**”.

<sup>5</sup> **614 Federal Rules of evidence (a) Calling by court.** The court may, **on its own motion** or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called. **(b) Interrogation by court.** The court may interrogate witnesses, whether **called by itself** or by a party.

Se trata de un cambio de paradigmas, efectivo, sostenido y consecuencia directa de la adopción de lo que se ha dado en llamar la **máxima de cooperación**, adelantada en la segunda mitad del siglo pasado por el procesalismo comparado y que se refleja en la cita de Rosenberg, en el sentido de que la esencia del proceso civil moderno reside en una comunidad de trabajo (*Arbeitsgemeinschaft*) entre el juez y las partes que, unidos, deben preocuparse de facilitar al primero la segura obtención de la verdad y establecer en un procedimiento vivo, la paz jurídica entre los litigantes, garantizando, de esa manera, la paz de la comunidad.<sup>6</sup>

El solidarismo y la buena fe –escribía Morello– sustentan una postura que avanza sobre criterios prioritariamente liberales, que han de ceder paso a los anteriormente mencionados, integrándose en la hermenéutica de un balanceo armonizador con las exigencias actuales en pro de un obrar eficiente y justo.”<sup>7</sup>

A nadie escapa, sin embargo, que lo que está en juego es mucho más que la circunstancia de que un pleito se gane por la habilidad de uno o por la torpeza del otro: de lo que se trata es de lograr sentencias justas, de allí que la Corte Suprema argentina haya podido declarar que “el principio dispositivo... no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva ni del adecuado y deseado resultado de la justicia.”<sup>8</sup>

Por nuestra parte, pensamos que el tema exige sincerar la actitud frente a los jueces: o se confía en su capacidad para impartir justicia y, por ende, se les otorgan adecuadas atribuciones para obtener ese fin, o se descrece de ellos y se les veda el incursionar en la prueba, sin la cual, como todos sabemos, no se puede alcanzar la justicia.

En el frente contrario, el camarista argentino (Ministro de Corte de Apelaciones diríamos nosotros) Alvarado Velloso escribe, con sorna y comentando las opiniones predominantes en la doctrina iberoamericana de las últimas décadas, que “...el eje central del proceso pasa por la figura del juez, a quien se dota –como investigador– de toda serie de facultades para que pueda cumplir su sagrado deber de hacer justicia a partir del descubrimiento de la verdad real de lo debatido en cada litigio, sin importar en efecto qué es lo que los interesados sostienen sobre el punto...”<sup>9</sup>.

Es sabido que la acertada solución del conflicto sometido a la decisión jurisdiccional evita el riesgo, siempre latente, de la autotutela, práctica que si se

<sup>6</sup> Cfr. Rosenberg (Lehrbuch...), 6ª edic., 1956, p. 6, cit. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, en “Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso” (*Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año III, N° 4, 2004, p. 45).

<sup>7</sup> “La Prueba...” cit. p. 63.

<sup>8</sup> C. Suprema, 2 de Julio 1985. “Iriart, Carlos A.”, *Jurisp. Arg.*, 1986, v1, p. 473.

<sup>9</sup> Cursivas del original. A. Alvarado V. *Prueba Judicial*, Edit. Juris, Santa Fe, 2007, p. 7.

difundiera, derribaría los cimientos de la convivencia pacífica. Se explica, de este modo, que el artículo 76 de la actual Constitución haya otorgado cabida al denominado principio de la inexcusabilidad, antes relegado a mera norma legal: se trata, en esencia, de la proscripción definitiva del viejo instituto canónico del "*non liquet*", que autorizaba al juez para dejar de decidir el conflicto, entre otras razones, por falta de prueba suficiente.

Lo expuesto torna comprensible y valedera la adopción del criterio de distribución de responsabilidades en la producción de la prueba, para imponer consecuencias gravosas al que, encontrándose en la hipótesis legal que exige probar, falla en el intento. Nadie discute, sin embargo, que una sentencia desestimatoria por insuficiencia de prueba –formalmente irreprochable– no atiende a una efectiva concepción de justicia, sino, meramente, privilegia el valor seguridad, de allí que sorprenda el ardor con que se afirma que acoger el principio de que se trata importaría "una agresión a la seguridad jurídica", sin que, por el contrario, se formule la menor referencia, ni a la excepcionalidad del instituto ni –en lo que resulta lo más tristemente elocuente– a la justicia de la decisión a la que por esta vía se apunta ni, mucho menos, aun, al inexcusable rol que cabe al juez en la tarea de alcanzarla.

Más de siglo y medio después de la entrada en vigencia del artículo 1698 del Código Civil chileno, parece difícil no advertir la clara limitación del precepto, cuyo afán regulador se agota, exclusivamente, en **la prueba de las obligaciones** y que, en ocasiones, parece olvidarse, especialmente cuando, sin matices, se sostiene que "las reglas de la prueba son, ante todo, normas de derecho sustantivo..." frente a lo cual, desde esta vereda de la ciencia del derecho, se replica reiterando que "*Las normas sobre carga de la prueba son innegablemente procesales... Se refieren... al contenido del juicio jurisdiccional y están fundadas en criterios racionales de justicia*".<sup>10</sup>

En los procesos jurisdiccionales, sin embargo, la condición fundamental e ineludible para que siquiera se llegue a pensar en actividad probatoria, es la existencia de **hechos controvertidos**: la ausencia de controversia sobre los hechos dispensa de todo afán probatorio. Estas simples reflexiones conducen a una conclusión que, no por evidente, ha sido aceptada o incluso advertida por todos. Ella consiste, simplemente, en que el imperativo probatorio, que desde Goldschmidt ya nadie duda en denominar "la carga de la prueba", importa **una actividad referida a los hechos del pleito y no a las obligaciones**.

Las normas procesales regulan la actividad que deben verificar los justiciables y el juez y son estas normas –y no las civiles– las que determinan cómo se prueba

<sup>10</sup> Cfr: Andrés de la Oliva y otro, *Curso de Derecho Procesal Civil*. P. especial, Edit. Universitaria Ramón S. Areces, Madrid, 2012.

en los juicios; ellas indican que no existen otros límites al empleo de medios de prueba que aquellos que exigen rechazar los ilícitos y los proscritos por textos expresos de ley; y son estas mismas normas las que confieren a los sentenciadores las amplísimas facultades ponderadoras comprendidas en el actuar con sana crítica, por lo que sólo con un exceso de voluntarismo se puede afirmar que las reglas de la prueba son de derecho sustantivo...

¿Cómo puede ser norma de derecho sustantivo la que dispone que “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del conflicto sometido a la decisión del tribunal podrán ser probados por cualquier medio obtenido, ofrecido e incorporado al proceso, en conformidad a la ley”?

Esta regla, común en nuestras leyes, reproduce la fórmula que la Ley 18.857 introdujera al Código de Procedimiento Penal, incorporando el artículo 113 bis, que autoriza acreditar hechos “por cualquier medio apto para producir fe”.

Los aspectos fundamentales esgrimidos para defender la militancia del derecho probatorio en el derecho sustantivo ya no persisten. No determina esta normativa civil, como antes, el valor de las pruebas, materia entregada al sano razonamiento judicial, realidad que el Proyecto recoge, con la calificada excepción del instrumento público. Hoy, cuando la regulación procesal ha concluido reconociendo que se admiten todos los medios de prueba, salvo, como se adelantara, los ilícitos, no corresponde ya al ámbito civil establecer a quien corresponde probar los hechos del juicio, porque, de largo –en el mismo Derecho Contemporáneo actual y en la doctrina– se coincide en que “a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico pretendido por ella...”.

El único enfoque admisible, en estas materias, es el que enfatice el mejor medio de asegurar respuestas jurisdiccionales más justas para apuntar –como propusiera Morello– a remplazar al Estado de Derecho por el Estado de Justicia.<sup>11</sup>

Para resolver el conflicto entre justicia y seguridad se han discurrido diversas vías, destacando, entre ellas, la que persigue resolver la cuestión en función de las características del caso concreto: de allí que pueda adherirse a la opinión de Montero Aroca, quien –antes de reemplazar los puros criterios de dogmática jurídica por otros, empapados de ideologismo político– sostenía que “la carga de la prueba debe repartirse de modo que se estimule la actividad probatoria de aquella de las partes a quien, en cada caso, la prueba resulte más fácil...”.

En esta tesitura se inscribe el denominado “Principio de facilidad de la prueba”, con arreglo al cual “se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte

<sup>11</sup> Cfr. Augusto M. Morello: *El Proceso Justo*, Lib. Edit. Platense, SRL Abeledo Perrot, 1994.

que se encuentre en mejores condiciones para producirla”, lo que importa referir el problema al caso concreto –*jus litigatoris*– prescindiendo de criterios objetivos y abstractos, los que exponen al juez a dictar una sentencia formalmente correcta, pero intrínsecamente injusta.

Es la aplicación de este principio lo que espanta a muchos y, en nuestro país, especialmente, a un conjunto de prosélitos deslumbrados por discursos ideológicos en los que se termina atribuyendo ideas totalitarias a Calamandrei... y que estiman que esta atribución conferida al juez, que impone, por ejemplo, exhibir las pruebas a quien llega a ellas con mayor facilidad, devendría en un proceso contrario a la libertad y a las garantías de las personas...

La experiencia cotidiana nos muestra a todos que no es razonable esperar que la ley sea capaz de pergeñar, para cada caso específico, una solución adecuada para la controversia entre justicia y seguridad, por lo que las miradas se vuelcan al juez, a quien hay que dotar de atribuciones suficientes, bajo un régimen que asegure el oportuno conocimiento por las partes, a fin de evitar sorpresas y someterlo a un adecuado control recursivo.

La fórmula debe permitir no sólo procurarse contraprueba, sino, primordialmente, oponerse al criterio sustentado por el juez, contradiciendo las razones que le llevaron a proponer una distribución de la carga probatoria diferente a la tradicional. ¿Cómo oponerse al criterio de exigirle al que tiene la prueba en su poder que la acompañe al juicio? ¿Qué estatuto ético puede respaldar semejante afán de reticencia y ocultamiento? **¿Es que el deber de actuar de buena fe en los juicios puede soslayarse hasta el grado de justificar el esconder o silenciar la prueba de que se dispone y que resulta decisiva para aclarar los hechos?**

De otro lado, si el afectado no tiene en su poder la prueba que se le pide, ¿cómo pensar que el tribunal le impondrá el acompañarla? Finalmente, si el proceso civil es un instrumento de derecho público, aunque su objeto sean derechos privados, ¿cómo desconocer que la modalidad propuesta satisface de mejor forma los requerimientos de la justicia? Nieva-Fenoll escribe que ... “[aplicando el principio de facilidad probatoria] el juicio sobre carga de la prueba se hace un poco más complejo, aunque también un poco más justo...”<sup>12</sup>

A lo menos, en lo que se refiere a este punto, la crítica civilista a la que, con entusiasmo digno de mejor suerte, se han sumado quienes creen ver en las atribuciones de los jueces un peligro para la garantías de los justiciables, no

<sup>12</sup> Cfr: Jordi Nieva-Fenoll, “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que necesitan revisión”. *Justicia* 2011, Nº 3-4, p. 111.

parece ser coherente con la evolución del pensamiento jurídico en el mundo occidental actual, ni resulta posible admitirla en un país cuya Constitución proclama, desde la partida, que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común.

De entre las múltiples perspectivas desde las cuales se puede o se debe analizar el tema de la prueba de los hechos en el proceso, quizás la más relevante es la que se refiere la posibilidad de que el establecimiento de la verdad de tales hechos sea uno de los propósitos posibles y/o deseables de todo proceso civil.

Ya sabemos que existen fuertes y atendibles corrientes de opinión que reafirman la concepción de que el establecimiento de la verdad no constituye uno de los fines del proceso. En el derecho contemporáneo, sin embargo, se ha levantado, en sentido contrario, la destacada opinión de Taruffo, quien, con su talento, profundidad y agudeza habituales, se hace cargo de la materia, formulando juicios tan simples como categóricos, como el que sigue:

*"[...]es útil para entender que **cada vez que una norma hace depender un efecto jurídico de una premisa fáctica, la norma no se aplica correctamente, si el hecho no se ha producido**, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el hecho previsto por la norma. Parece, en efecto, intuitivo que la norma sería aplicada injustamente y sería pues violada, si las consecuencias que prevé, se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiere producido..."*<sup>13</sup>

La sencillez del análisis abona la contundencia de la conclusión: es que no parece posible que se pueda, seriamente, analizar si el juez ha efectuado una interpretación y una aplicación adecuadas de la norma, si el sustrato fáctico sobre el cual está construida la hipótesis legal y, fundamentalmente, aplicada la conclusión o sanción legal, no corresponde a la realidad.<sup>14</sup>

Esta comprobación refuerza, de un modo extremo, la necesidad de que el material probatorio que ingresa al proceso refleje, efectivamente, lo ocurrido fuera de él: se trata, como sabemos, del fenómeno de la traslación, que caracteriza al iter probatorio.

*Tanto la carga de la alegación –a salvo el principio de adquisición– como la carga de la prueba, sostiene en un reciente libro De la Oliva,<sup>15</sup> se establecen en torno*

<sup>13</sup> Cfr: Michele Taruffo: *La prueba de los hechos*, Edit. Trotta, Madrid, 2002, p. 67.

<sup>14</sup> Lo que no obsta a que algunos, como Montero Aroca, sostengan que "la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil", en *La Prueba en el Proceso Civil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 27, con lo que concuerda Franco Cipriano, "I problema del proceso di cognizione tra passato e presente", en *Rivista di diritto civile*, Bologna, Giuffrè, p. 39-71, cit. éste por Rodrigo Rivera: *Actividad Probatoria y Valoración Racional de la Prueba*, Lib J. Rincón Barquisimeto. Rep. Bolív de Venezuela, 2010, p. 445.

<sup>15</sup> De la Oliva, *Curso...* cit. p. 121 y sgts.

a estos dos criterios: 1º) el primero supone que, dándose los hechos constitutivos, no concurren, salvo que se aleguen y prueben, hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Por tanto, sin alegación y prueba de estos últimos, es suficiente la alegación y prueba de los constitutivos para obtener la tutela jurisdiccional solicitada (principio de normalidad); 2º) el segundo es que debe distribuirse la carga de la prueba, de ordinario, atribuyendo a cada parte la que, según la experiencia, suele estar más próxima a ella. En otros términos: a cada parte le corresponderá la prueba de lo que, conforme a la razón y a la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria.

Estos criterios —continúa— coinciden con la atribución de la carga de probar según la relación de los distintos hechos con la norma o normas jurídicas cuya aplicación conviene a cada parte (éste era el pensamiento o ratio del desaparecido art. 1214 CC). Y, así, al demandado le incumbe la prueba de los hechos contemplados en las normas cuya aplicación resulta para él liberadora, mientras que al actor o demandante le atañe probar lo que, según el anterior criterio 1º), fundamenta la acción afirmada.

El apartado 1 del art. 217 LEC establece la carga de la prueba material: «cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones».

El apartado 7 del art. 217 LEC constituye una cierta redundancia de los apartados 2 y 3, porque la «**disponibilidad y facilidad probatoria**» respecto de los litigantes, que el apartado 7 ordena tener presentes, son —como se acaba de explicar— elementos de la ratio iuris de la distribución de la carga de la prueba según se trate de hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes. Pero no está de más ni es perturbador el precepto, si se advierte que, en casos especiales, son la disponibilidad y la facilidad probatoria lo que se sigue tomando en consideración por el legislador.

Fenómeno distinto, reitera De la Oliva, es el de la llamada inversión de la carga de la prueba, que, al decir de muchos autores, consistirá en una excepción completa a las reglas o criterios generales, antes expuestos, sobre la distribución del onus probandi. Según nuestro criterio, no siempre que se habla de tal inversión de la carga de la prueba se entiende acertadamente el mecanismo de dicha carga y la estructura de los preceptos en que la pretendida «inversión» se establece y —concluye— la inversión de la carga de la prueba es, las más de las veces (por no decir todas), no un cambio en sentido inverso de los criterios atributivos de dicha carga entre demandante y demandado, sino la exoneración, para un litigante, de la carga que ordinariamente le correspondería y el paralelo gravamen del litigante contrario.

No pretendo incursionar en el tema general de la carga de la prueba, que excedería, con largueza, de un estudio como el presente: no obstante, he de recordar que, en general, se coincide en dos aspectos relevantes que acompañan a esta institución procesal: el primero consiste en que la carga de la prueba es la vía por la que se confiere al juez una solución frente a procesos en los que la falta de prueba o la existencia de pruebas enteramente contradictorias, lo sumen en un grado de indecisión tal, que, seriamente, no se vislumbra otra solución que el conocido "*non liquet*" del derecho canónico, que nuestra legislación reconoció hasta comienzos del siglo XX, con la modalidad de la absolución de la instancia. Se trata, entonces, de situaciones en las que se autorizaba al juez a no emitir pronunciamiento sobre el tema propuesto, con todas las dañosas consecuencias imaginables. Hoy, en cambio, ante una situación de semejantes características, se harán recaer las consecuencias sobre aquel que tenía la carga de la prueba y no la satisfizo.

Innecesario parece acotar, además, que en nuestros tiempos actuales, los ordenamientos velan porque la situación no llegue jamás a producirse, convencidos de que actitudes semejantes importarían un severísimo error, con riesgo para la existencia misma de los Estados de Derecho: en consecuencia, reglas como la inexcusabilidad –recogida constitucionalmente en el inc. 2º del art. 76– matizadas con referencias formales a la posibilidad de recurrir a la equidad o a los principios generales del Derecho, cuando la ley se torna insuficiente o, simplemente, no regula la situación –como lo autorizan los arts. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y 500 N° 6 del de Procedimiento Penal– han venido a complementar este instrumento del ámbito probatorio.

El segundo aspecto en el que se coincide consiste en que las reglas del *onus probandi* están enderezadas al juez y han de aplicarse al momento de la sentencia: es que, es al decidir la controversia, la oportunidad en que, rigurosamente, el juez establece qué hechos fueron probados y cuáles no lo fueron y, a la vista de este panorama, asigna "responsabilidad" al que, debiendo probar, no lo hizo.

En ayuda del juez vienen las reglas legales de distribución, generales y especiales, pero como no es posible que esas cubran todo el espectro posible de alternativas, resulta conveniente permitir al juez incursionar en alguna excepción a la regla legal.

La dificultad, apunta Serra, estriba en encontrar el criterio general a que debe atenerse el Juez para distribuir la carga de la prueba y, entonces, reseña algunos de los varios criterios propuestos por la doctrina y la jurisprudencia al efecto.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Cfr.: Manuel Serra Domínguez. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol 2º, (Arts 1214 al 1253 del C. Civil), 2ª Edic. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1991, p. 59.

Vigente el antiguo artículo 1224 del Código Civil español, Serra afirmaba que **la norma interpretada en el sentido tradicional de división cuatripartita de los hechos en constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes debía ser completada en cada caso concreto por el Juez teniendo en cuenta principalmente los criterios de normalidad y facilidad probatoria, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido.**<sup>17</sup>

*Si todas las anteriores teorías pueden estimarse parcialmente satisfactorias, pero insuficientes para comprender la vasta problemática de la carga de la prueba, es precisamente por su pretendida generalidad, que no tiene presente la singularidad de cada caso concreto. Únicamente el juez, que, quiérase o no, constituye el centro del ordenamiento jurídico, puede determinar, caso por caso, con ayuda de los criterios generales deducidos del artículo 1214 del Código Civil—hoy derogado— interpretados, si se quiere, con los criterios de la distinción de los hechos en constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, y presididos por la orientación del efecto jurídico favorable, la sentencia a dictar ante una manifiesta insuficiencia probatoria.*

*Esta orientación es actualmente la predominante en la doctrina extranjera y ha sido recogida también en España.*

Cita Serra la opinión de la doctrina italiana referida al artículo 2697 del Código Civil peninsular, con redacción parecida a la que tenía la mencionada norma española y destaca que ANDRIOLI advierte que la norma del artículo 2697 es una verdadera y propia norma en blanco, la cual precisa de dos integraciones: una, constituida por la identificación del efecto pretendido por el actor; la otra, por la inserción del efecto, a través de la división tripartita de los hechos jurídicos en constitutivos, impeditivos y extintivos, en la total experiencia normativa. Afirma que los hechos deben ser determinados no abstractamente, sino con relación a los singulares casos concretos, teniendo en cuenta tanto la posición adoptada en el proceso por las partes, cuanto el efecto jurídico pretendido, tras adherirse a la clasificación de los hechos en constitutivos, impeditivos y extintivos, añade que «la resolución del problema depende más a menudo del sentido jurídico del intérprete que de una regla determinada». VERDE concluye que el precepto legal se limita a dar unos principios generales, correspondiendo al Juez aplicarlos a las hipótesis específicas producidas en el proceso, pese a mostrarse partidario de la tesis de la norma favorable, reconoce que la aplicación de este principio no puede ser precisada de forma que resuelva todos y cada uno de los casos que la realidad presenta en materia de la carga de la prueba y, en definitiva, hay que remitirse últimamente a las exigencias de cada supuesto concreto, empleando aquí un sano casuismo como único instrumento de definitiva viabilidad.

<sup>17</sup> Énfasis agregado

En relación a España, recuerda que MUÑOZ SABATÉ, desde otro punto de vista, reconoce que en las materias de dificultad probatoria «la Jurisprudencia moderna parte preferentemente de la posición de facilidad probatoria en que se halla la parte favorecida por el onus, en contraste precisamente con la incómoda posición del gravado con dicha carga» y que «todo el problema de la carga de la prueba se dirime en el momento de confrontar las respectivas alegaciones de las partes, estudiando la valoración que cada una de ellas pudiera merecer a la luz de los principios de continuidad, normalidad, dificultad y colaboración o lealtad».

Por último, MONTERO AROCA,<sup>18</sup> pese a adherirse teóricamente al criterio de la norma favorable, sostiene que "la carga de la prueba debe repartirse de modo que se estimule la actividad probatoria de aquella de las partes a quien, en cada caso, la prueba resulte más fácil", y reconoce que "se está poniendo de manifiesto en los últimos años la necesidad de una más racional distribución de la carga de la prueba, atendiendo no tanto a una serie de principios teóricos o la posición que se ocupa en el proceso, como: a criterios, prácticos y, en concreto, a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba".

El criterio de atribuir la carga de la prueba a la parte que más fácilmente pueda proporcionarla... ha sido recogido en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo; bien con carácter general, bien en los supuestos de responsabilidad extracontractual, bien en determinadas relaciones laborales.

Evidentemente, concluye el profesor de Barcelona, esta orientación jurisprudencial, debe ser contemplada con la mayor cautela, ya que el término facilidad probatoria se presta a sumos abusos. Si bien es cierto que las reglas legales de carga de la prueba obedecen normalmente a razones de dificultad probatoria, su carácter general y abstracto constituye una garantía de objetividad, lo que no ocurre en las reglas judiciales de carga de la prueba, que pueden venir influenciadas excesivamente por las características del caso concreto.<sup>19</sup>

No está de más recordar que, como ya ha anotado Nieva-Fenoll,<sup>20</sup> invocando a Lessona, ésta es una institución de larguísima data y que se remonta al siglo XIII, conforme lo revelan algunos párrafos atribuidos a Martinus De Fano.

Sin embargo, según acertadamente se ha puesto de manifiesto, hay que cuidarse de proponer, como elemento determinante del ejercicio de las facultades judiciales, el criterio de "**dificultad probatoria**", puesto que de procederse de esta manera, se llegaría al absurdo de que, en los juicios, las afirmaciones más descabelladas, serían las más cómodas de alegar, puesto que la misma

<sup>18</sup> *El Proceso laboral*, pp. 254 y 256. *Derecho Jurisdiccional*, p. 136, cit. por Serra, ob. cit.

<sup>19</sup> Serra, ob. cit. p. 65-66.

<sup>20</sup> Cfr: Jordi Nieva-Fenoll. *Los sistemas de valoración...*, cit. p. 108.

imposibilidad de probarlas pondría su prueba a cargo de la parte contraria, lo que ha llevado al rechazo por la doctrina de este criterio de la dificultad probatoria, como condición para la distribución de la carga de la prueba. De aquí la relevancia, mucho más que meramente semántica, que impone aclarar **que, antes que la dificultad probatoria, lo que gatilla el traslado de la carga es la facilidad de prueba por una de las partes,**<sup>21</sup> y que, además, este criterio debe ser utilizado únicamente como complemento a la división cuatripartita de los hechos en constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, y únicamente para resolver los casos extremos en que dichas reglas objetivas sean inaplicables y conduzcan a resultados manifiestamente injustos.

En sentido semejante, recientemente, Teresa Armenta Deu, comentando el citado artículo 217 de la LEC, concluye en que *la previsión general y también las especiales se completa con la norma de cierre contenida en el último apartado del propio precepto, facultando al tribunal para tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.*

*Se tratará, explica, de situaciones como la mayor proximidad o la disponibilidad de las fuentes de pruebas o los casos de responsabilidad médica en que los protocolos médicos siempre estarán en manos del médico frente a quien se reclama.*

*Esta regla atemperadora –concluye– puede presentar una importancia decisiva en las situaciones de una realidad compleja, derivada de los avances técnicos o las variables relaciones jurídicas en materia de responsabilidad y riesgo, por ejemplo.*<sup>22</sup>

*La situación consiste en que –como escribe Oteiza– frente a una situación de desventaja de una de las partes, con respecto a la capacidad de probar la ocurrencia de una determinada hipótesis sobre los hechos y la reticencia de la parte contraria a acreditar aquello que está en su dominio... quebrantando el principio de colaboración, **es posible atribuirle a esta última las consecuencias negativas del estado de incertidumbre.***<sup>23</sup>

El Código General del Proceso de Colombia, de julio de este año 2012, como se anticipara, proclama en su artículo 167, bajo el epígrafe de “Carga de la prueba”:

*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

<sup>21</sup> Predomina la mirada positiva (facilidad) antes que la negativa (dificultad).

<sup>22</sup> Cfr. Teresa Armenta Deu. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Marcial Pons, 5ª edic., Madrid, 2010, pp. 173-174.

<sup>23</sup> Cfr. Eduardo Oteiza: “La carga de la prueba”, en *La prueba en el Proceso Judicial*, VV.AA., Rubinzal Culzoni Edit. Sahta fe, 2009, p. 204.

No obstante, según las particularidades del caso, **el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga** al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, **exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.**

La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

“Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Por su parte el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española –cuerpo legal modelo y referente permanente del Proyecto chileno– consagra, en su numeral 2, la regla general que se observa en el Derecho Comparado, en el sentido de que ...corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención..., regla a la que la doctrina alemana ha arribado, igualmente, como explica Marinoni,<sup>24</sup> destacando que esta doctrina, desarrollando la idea de que la discusión en torno a la aplicación de una norma puede girar en torno a hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos, ha concluido, lógicamente, de que al actor corresponde probar los supuestos de hecho que hacen aplicable la norma y al demandado, los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, de allí que se la haya denominado “Normentheorie”.

La mencionada Ley española de Enjuiciamiento se extiende a otras hipótesis especiales y luego, conclusivamente, tras establecer que las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes, finaliza proclamando que “...Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la **disponibilidad y facilidad probatoria** que corresponde a cada una de las partes del litigio...”(N° 7).

Como he adelantado, la inclusión de un precepto semejante en el proyecto chileno de nuevo Código de Proceso Civil, ha generado un sorprendente movimiento crítico, encabezado por algunos profesores de Derecho Civil, incluyendo

<sup>24</sup> Cfr. Luiz G. Marinoni: “Formação Da Convivência e Inversão Do Onus Da Prova Segundo as Peculiaridades Do Caso Concreto”, *Revista Peruana de Derecho Procesal XII Comunitas*, Lima, 2008, p. 109.

a algunos que, consultados durante la elaboración del Proyecto para formular sus comentarios, no formularon objeciones.

Primordialmente –tras argumentarse con leve tono de escándalo el que una norma procesal pretenda modificar un principio señero del Código Civil– se censura que dotar de este poder al juez importa alterar la igualdad entre las partes en el proceso y abre margen a la inseguridad jurídica.

La cuestión impone recordar, como paso primario, el que en el derecho germánico, históricamente, era el juez el que determinaba qué parte debía probar, una vez que escuchaba las respectivas pretensiones, puesto que, con vista solo en las mismas, el Juez en un estudio preliminar determinaba a cuál de las dos partes le correspondía probar, teniendo presente que, al centrarse la prueba en la prestación del juramento –que era considerado como plena prueba en todos los casos– la producción de la prueba equivalía normalmente al resultado favorable del litigio. Por ello, explica Serra, se comprende que al no poder prestar el juramento, ambas partes simultáneamente, el Juez determinaba previamente cuál de las partes debía probar. Y así, la carga de la prueba constituía más bien un beneficio. Si la parte se negaba a probar, entonces se defería el juramento a la contraria, con lo que, al rechazar la prueba, normalmente se perdía el litigio.<sup>25</sup>

Ello aboca a efectuar un análisis axiológico: es que si el reproche consiste en que se afecta un valor tan caro al ordenamiento como el de la seguridad jurídica, no queda sino entrar el ámbito de los valores y, llevados a este campo, no podemos sino coincidir en que una característica de los valores es su jerarquización.<sup>26</sup> Afirmino, entonces, que los valores tienen jerarquía; que no son todos iguales entre sí, aunque existan criterios diferentes para clasificarlos. Esto importa reconocer que hay valores que se afirman superiores a otros; así, por ejemplo, los valores éticos se afirman superiores a los estéticos; los vitales, que los útiles –conforme a la clasificación de Scheler<sup>27</sup>– lo que importa que llamados a sacrificar uno por otro, seguiremos una jerarquía no escrita, pero implícita, y, en este contexto, no parece posible que en la disyuntiva entre justicia y seguridad, alguien opte por esta última. A la inversa, siempre escogeremos por la primera, entre otras razones, porque hemos de acatar el imperativo a cuya ejecución nos interpelan las palabras inmortales de Couture, en el sentido de que si “nuestro *deber es luchar por el derecho, el día en que encontremos en conflicto el derecho con la justicia, habremos de luchar por la justicia*”.

<sup>25</sup> Cfr: Manuel Serra Domínguez. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 52.

<sup>26</sup> Cfr: Manuel García Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Edit Losada, Bs. Aires. p. 381.

<sup>27</sup> Recuerda García Morente que Scheler clasifica los valores en estos grupos: útiles (adecuado inadecuado); vitales (fuerte, débil); lógicos (verdad, falsedad); estéticos (bello, feo); éticos (justo, injusto), y religiosos (santo, profano) ídem nota anterior.

Lo anterior, sin olvidar lo que Morello<sup>28</sup> denominaba una “visión solidaria de la carga de la prueba”, expresión que por su solo enunciado no requiere de mayores explicaciones.

El segundo fundamento teórico y ético del instituto lo representa el desafío de la verdad como norte de la actividad jurisdiccional y base de las sentencias. Este tema ha sido vigorosamente destacado en las últimas dos décadas por Taruffo, quien aboga por una readecuación del sentido mismo del proceso, para llevarlo de mero medio de solución de conflictos, a uno que, sin dejar de lado esta meta primordial, tenga, empero, siempre en consideración la aspiración de establecimiento de la verdad.

### **Mi propuesta**

Como es sabido, una de las críticas más ardorosas que se han formulado a este instituto consiste en el reproche de que el ejercicio de esta facultad por el tribunal sume a la parte afectada en indefensión, toda vez que, se sostiene, los jueces resuelven invertir el peso de la prueba a la hora de dictar la sentencia, esto es, a unas alturas en las cuales el afectado no tiene ya posibilidad alguna de defenderse.

Pues bien, en esta tesitura, el Proyecto ha buscado evitar sorpresas para los litigantes y ha determinado que si, en concepto del juez, corresponde invertir el peso de la prueba, él deberá formular una específica declaración en este sentido, durante el desarrollo de la audiencia preliminar (art. 280 N° 9), agregándose que, en este caso, la parte (afectada) y para el sólo efecto de satisfacer la carga probatoria impuesta por el tribunal, podrá ejercer el derecho contemplado en el art. 276, esto es, el de ofrecer prueba adicional, como acontece cuando se invocan hechos nuevos.

De cara a disipar inquietudes y buscar consensos, pero, por sobre todo, para mantener la modalidad reformadora que, parece evidente, antes de resentir la justicia de las soluciones jurisdiccionales futuras habrá de fortalecerla, tras repensar el tema, creo indispensable insistir en la necesidad de que la ley consigne, de modo categórico, que el ejercicio de esta facultad que se confiere a los jueces constituye una modalidad excepcional.

Su ejercicio debe ser impetrado por la parte afectada. En otros términos, la idea consistirá en no esperar del juez una iniciativa judicial sobre el tema, sino exigirse que sea la parte sobre cuyos hombros descansa la carga probatoria, la que sugiera su inversión, en función de los antecedentes concretos del caso.

<sup>28</sup> Cfr: Augusto M. Morello *La Prueba. Tendencias Modernas*. Abeledo Perrot, La Plata, 1991, p. 38-55.

De este modo, se concederá a la contraria una efectiva posibilidad de oponerse y el juez resolverá el punto con conocimiento de los antecedentes, pero, especialmente, con la conciencia de haber escuchado previamente a las partes o haberles conferido la posibilidad de ejercer sus derechos.

En esta línea, parece necesario consignar elementos objetivos que ayuden al juez en la adopción de la decisión: no se trata de que el litigante –teóricamente favorecido por la inversión– pueda excusarse de cumplir con este imperativo probatorio esencial, por simple comodidad, desidia o afán de complicar a la otra parte. Tampoco –y esto lo creo relevante– se trata que nos encontremos ante un caso de prueba imposible, cuyas consecuencias se pretendan trasladar al contrario. Se pretende, simplemente, en cambio, que por acreditarse, objetivamente, que un litigante tiene mayor facilidad o disponibilidad para producir una prueba que acredita los hechos invocados por la parte contraria –lo que no es corriente– se le imponga a él la tarea de producirla, bajo el apercibimiento de sufrir las consecuencias de la inejecución.

Con esta finalidad, propongo reemplazar el artículo 294, por el que sigue, y eliminar el numeral 9 del artículo 280 actual.

**Artículo 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 beneficia, 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.*

*A petición de parte interesada, formulada, respectivamente, en la demanda o en la contestación y con indicación específica de los hechos cuya prueba se pide imponer a la parte contraria, el tribunal escuchando a las partes, podrá distribuir, excepcional y limitadamente, la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que, se le acredite, posea cada una de las partes en el litigio. Si la distribución la pide el actor, el demandado deberá formular sus observaciones al contestar la demanda; si la pide el demandado, el actor responderá en la audiencia de preparación. Ambas partes podrán rendir prueba para acreditar sus afirmaciones sobre el punto. El tribunal las recibirá en la audiencia mencionada y resolverá en esa misma oportunidad, dejando constancia, si procediere, de las razones o circunstancias que lo llevaron a establecer que la parte afectada tiene la disponibilidad o cuenta con mayor facilidad para rendir prueba sobre el hecho o hechos de que se trate. Su resolución será apelable en el solo efecto devolutivo.*

*Si se diere lugar a la distribución que se ha pedido, la audiencia continuará para cumplir con todas las actividades previstas en el artículo 280 y se fijará, necesariamente, otra, a un plazo no superior a siete días hábiles, para que el obligado acompañe la prueba documental que estime y proponga la restante, de acuerdo*

*a lo establecido en los artículos 253 N° 4 y 271 N° 3. Finalizada esta audiencia se dictará la resolución prevista en el artículo 281.*

Con la redacción propuesta, me parece, se superan todos los reparos formulados y se mantiene vigente el instituto, que no cabe duda, habrá de procurar sentencias más justas.

