

LAS DIFICULTADES PROBATORIAS EN EL PROCESO CIVIL. TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL, CRÍTICAS Y UNA PROPUESTA*

IVÁN HUNTER AMPUERO**

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad dar a conocer ciertos supuestos que pueden considerarse de difícil prueba en el contexto judicial, como también estudiar las técnicas que se han postulado para darle solución, reconocidas por la jurisprudencia y doctrina chilena y comparada más influyente. Para ello se han querido poner de relieve los desafíos que estas prácticas y razonamientos imprimen a un proceso judicial donde la determinación de la verdad del enunciado fáctico es esencial para la justicia de la decisión. Estos razonamientos se someten a críticas desde su corrección epistemológica y la vigencia de los derechos procesales fundamentales. Finaliza el trabajo proponiendo una serie de pautas que puedan servir al juez para resolver estos casos, y que permiten minimizar los riesgos de error en la decisión.

PALABRAS CLAVE: Hechos de difícil prueba - carga de la prueba - máximas de la experiencia - prueba indirecta - motivación.

PROOF DIFFICULTIES IN CIVIL PROCESS. DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL TREATMENT, REVIEWS AND A PROPOSAL

ABSTRACT: This paper aims to present certain assumptions that may be considered difficult to prove in the judicial context, as well as it studies the techniques that have been proposed for solving them by Chilean and influential comparative jurisprudence and doctrine. For this, we have tried to highlight the challenges that these practices and the reasoning itself present to a civil process, where the determination of the truth of factual statements is essential to the fairness of the decision. These argu-

* Este trabajo fue realizado en el marco y con el financiamiento del Proyecto Fondecyt Regular N°1141063, titulado “Verdades difíciles: Dificultades probatorias en el proceso civil chileno”, del cual el autor de este trabajo es su investigador responsable.

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2014.

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014.

** Abogado, Doctor en Derecho de la U. Carlos III de Madrid (ESPAÑA). Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Austral de Chile (CHILE). Correo electrónico: ivanhunter@uach.cl

ments are subjected to criticism from their epistemological correctness and validity of fundamental procedural rights. This paper concludes by proposing a set of guidelines that can be used by a judge to solve these cases, minimizing the risks of error in the decision.

KEY WORDS: Difficult factual proof - burden of proof - indirect proof - motivation

Sumario: 1) Introducción. 2) Hacia un concepto de dificultades probatorias. 3) Las dificultades probatorias en el proceso civil: breve tipología doctrinal y jurisprudencial. (3.1.) Dificultades en relación a los hechos. (3.2.) Dificultades derivadas de la facilidad y disponibilidad de los medios de prueba. 4) Algunas soluciones para hacer frente a las dificultades probatorias. (4.1.) ¿Cómo contribuye el legislador a solucionar los casos de dificultad probatoria? (4.2.) Soluciones propuestas por la doctrina y jurisprudencia nacional. (4.2.1.) Criterio de normalidad en la asignación de la carga de la prueba. (4.2.2.) Prueba in re ipsa loquitur. (4.2.3.) Prueba prima facie. (4.2.4.) Riesgo como criterio de asignación de la carga de la prueba. (4.2.5.) Valoración de la conducta de las partes. (4.2.6.) Facilidad y disponibilidad de la prueba como criterio de asignación de la carga de la prueba. 5) Valoración crítica de las soluciones doctrinales y jurisprudenciales a la luz de la calidad epistémica de las decisiones judiciales. (5.1.) Críticas de política del Derecho. (5.2.) Críticas en relación a la calidad epistémica de las máximas de la experiencia utilizadas. (5.3.) Críticas en relación al derecho de defensa y la seguridad jurídica. 6) Propuesta de un modelo de cómo enfrentar los casos de dificultad probatoria en el proceso civil. (6.1.) Valoración de la mal denominada “prueba indirecta”. (6.2.) Utilización de indicios tipo para cada hecho de difícil prueba. (6.3.) Valoración del contexto probatorio a través de la noción de la mejor prueba disponible. (6.4.) Motivación y justificación del juicio fáctico. 7) Conclusiones

1) INTRODUCCIÓN

Los hechos en el proceso judicial constituyen el centro de atención de la justicia moderna. No puede haber decisión justa si el establecimiento y determinación de los hechos se realiza arbitrariamente, y sin sujeción a reglas jurídicas y/o racionales. La prueba es, en este sentido, una garantía de racionalidad.

Sin embargo, aun cuando los seres humanos somos racionales, el fenómeno probatorio no puede ser mirado como una actividad sencilla, y esta no puede ser escindida de los hechos —o alegación sobre los mismos— que constituyen su objeto. La literatura jurídica, en términos bastante

vagos, suele formular distintas descripciones de los hechos que deben ser objeto de prueba¹. Estas intentan aproximarse a las complejidades que supone identificar el objeto de la prueba, pero olvidan que los jueces y litigantes tienen que sortear una serie de problemas cuando se enfrentan a hipótesis fácticas de difícil determinación.

El fenómeno de la complejidad probatoria no ha sido asumido como una especial preocupación por la doctrina. No obstante, existen algunos autores, que junto a esa identificación, han sabido reconocer algunas hipótesis que comúnmente pueden aceptarse como de difícil prueba en el proceso civil (*hard cases*), y cuyo establecimiento judicial ha requerido impregnar al derecho probatorio de prácticas y técnicas para facilitar su prueba² que incluso han llegado a nuestra jurisprudencia.

En efecto, en ocasiones, la prueba de los hechos invocados por el actor para obtener el reconocimiento jurisdiccional de un derecho puede resultar particularmente dificultosa, compleja o difícil de obtener, arriesgando la posibilidad de una tutela jurisdiccional efectiva, al generar indefensión. Esto ha sucedido en algunas situaciones como prueba de la culpa y la causalidad en la responsabilidad civil médica y ambiental; prueba de la discrepancia entre la voluntad real y la declarada en la simulación; prueba del fraude pauliano, etc.; y en general, en aquellos casos en que una de las partes tiene la carga de acreditar un hecho pero no dispone del medio de prueba idóneo para levantarla, o le es mucho más difícil su producción en relación a la otra parte.

Por esta razón nuestro sistema jurídico y la práctica jurisdiccional han reaccionado frente a hechos que típicamente, o de acuerdo a las circunstancias del caso, pueden considerarse de difícil prueba, mediante ciertas prácticas de razonamiento probatorio que con un afán de proteger a la parte gravada con la carga de la prueba han aligerado las dificultades probatorias. Para ello, como pretendo demostrarlo, han utilizado inferencias que descansan en argumentos inductivos poco sólidos debido a la constante referencia a la experiencia y al sentido común, sin confirmación empírica. En algunos casos, además, estas prácticas han transgredido reglas procesales básicas, ya sea sustantivas (como las reglas legales de la valoración de la prueba) como procesales, como el derecho de defensa.

¹ Véase: por todos MONTERO, Juan (2005) *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, pp. 65 a 67, y para el derecho nacional: PAILLÁS, Enrique (1979) *Estudios de derecho probatorio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 12 a 13.

² COMOGLIO, Luigi (2004) *La prova civile*. Milán: UTET, pp. 229 a 230; VALLEBONA, Antonio (1992) "L' inversione dell' onore della prove del diritto del lavoro". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°3, pp. 809 y ss; LUNA, Álvaro (2004) *La responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Thomson Civitas, p. 175; TARUFFO, Michele (2009) *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, p. 138 y ORMAZÁBAL, Guillermo (2004) *La carga de la prueba y sociedad en riesgo*. Madrid: Marcial Pons, pp. 9 a 15.

Frente a lo anterior resulta indispensable reflexionar acerca de estas prácticas y someterlas a un test crítico, con miras a mejorar la calidad epistémica de las decisiones judiciales en el contexto de la reforma al proceso civil. En el marco de una reforma que tiene como eje central mejorar la calidad de las decisiones resulta útil preguntarse acerca de ¿cuáles son los principales desafíos que estas prácticas y razonamientos probatorios imponen a los operadores judiciales en un sistema como el chileno que transita hacia un régimen de valoración libre de la prueba, y que busca dotar de una calidad epistémica a sus decisiones judiciales como forma de mejorar la justicia?

El propósito de este trabajo es intentar dar una respuesta a esa interrogante. Mi propuesta está lejos de adscribirse a una determinada teoría o ideología acerca de la prueba (muy abundante en estos días entre los filósofos del Derecho) sin perjuicio de asumir implícitamente una concepción epistémica de la prueba y del proceso judicial. Lo que pretenden estas líneas es proponer algunas pautas, lo más racionales posibles, para que tanto juez como partes enfrenten las hipótesis de dificultades probatorias. Esto implica que estas técnicas o razonamientos comúnmente utilizados no pueden ser abandonados por estar fuertemente arraigados en nuestra cultura jurídica, pero que pueden operar siempre que el juez cumpla con una serie de pautas o parámetros que permitan racionalizar lo más posible la determinación del hecho. De esta forma el juez deberá preguntarse si la información proporcionada por las partes con la prueba es la mejor disponible para el establecimiento del hecho difícil, sin necesidad de exigir una prueba directa, precisa o rigurosa. De lo que tratan estas líneas es intentar proponer precisamente ese esquema racional para la solución de los casos de difícil prueba.

2) HACIA UN CONCEPTO DE DIFICULTADES PROBATORIAS

Como primera cuestión parece absolutamente relevante ensayar algún concepto que nos pueda servir para reconocer las dificultades probatorias. Esta categoría no ha sido asumida por la doctrina, aun cuando el término fue acuñado por Muñoz Sabaté en su tratado sobre la prueba, y más últimamente en su libro *“Técnica Probatoria. Estudios sobre dificultades de prueba en el proceso”*³. En materia penal se reconocen las dificultades probatorias a propósito de algunos delitos en contra de la indemnidad sexual, que resultan particularmente huérfanos de prueba. Con todo, cualquier tipo de definición que se quiera ensayar logrará solo aproxima-

³ MUÑOZ, Luis (1997) *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

ciones que servirán, en lo posible, para entregar una serie de pautas para solucionar de mejor forma estos casos. No pretendo por tanto construir un marco conceptual y tampoco formular una teoría de cómo solucionar los casos de difícil prueba.

Hay que partir de un dato básico e innegable: el proceso judicial debe servir de instrumento para la reconstrucción de los hechos que constituyen el objeto de la prueba. Los hechos, por lo general, ocurren en un lugar, tiempo, bajo ciertas modalidades de producción y con distintos propósitos. En ocasiones estos consisten en una repetición constante en el tiempo (como la posesión de una cosa) o están compuestos por un sinnúmero de eventos individuales (como la celebración de un contrato). Dejan la mayoría de las veces propiedades físicas constatables. Cuando los hechos dejan marcas o huellas⁴, ya sea en una cosa, lugar o persona, su reconstrucción en el marco del proceso judicial no debería generar mayores dificultades. Pero cuando el hecho no deja huellas o rastros (vestigios), o bien, estos son febles, débiles o poco precisos, surgen una serie de dificultades para la comprobación del hecho. Lo mismo sucede cuando las fuentes de prueba (lugar, cosa o persona donde ha quedado la huella) que permiten establecer el dato fáctico no están a disposición de la parte que tiene la carga de probarlo, o cuando el legislador ha identificado un objeto de prueba que por sus propias características no resulta comprobable directamente.

De lo anterior es posible identificar diversas situaciones en las que estamos en presencia de una dificultad probatoria: en primer lugar, por la existencia de hechos que por su naturaleza compleja o por la identificación que el legislador hace de ellos en la prótasis normativa, resultan particularmente difíciles de acreditar. Se trata, por regla general, de hechos que el legislador ha previsto para producir una consecuencia jurídica pero que carecen de materialidad y exteriorización (hechos síquicos como las intenciones, hechos negativos como la ausencia de una característica o cosa) o que resultan extremadamente difíciles de establecer mediante prueba directa (hechos íntimos, complejos, hechos antiguos, hechos futuros, hechos técnica o científicamente complicados, etc.). En segundo lugar, es posible identificar casos en que el hecho no deja huellas o estas son febles, débiles o imprecisas, de manera que solo es posible alcanzar corroboraciones periféricas no concluyentes. La dificultad aquí provendrá de la ausencia de información fiable y precisa que permita una confirmación suficiente del postulado fáctico. Estas situaciones pueden darse por separado o combinadamente. En tercer lugar, la dificultad probatoria

⁴ Con la expresión huellas o marcas estoy aludiendo a cualquier forma de expresión de un hecho, esto es, partículas, residuos, manchas, síntomas, señales, signos, marcas, etc. Véase: VALDERRAMA, Mayor (1992) *La prueba de indicios en la investigación penal e identificación criminal*. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, p. 103.

puede ser provocada por la lejanía y relación de las partes con los medios de prueba y con el dominio acerca de los hechos que constituyen el objeto del litigio. Esto ocurre, particularmente, cuando las fuentes de prueba son conocidas o están a disposición de la parte que no tiene la carga de probar un hecho, o cuando se ignora el dato fáctico que debe ser alegado. Este caso se presenta como una situación de desequilibrio en relación a la posibilidad de aportar los medios de prueba relevantes e idóneos para la determinación de la verdad. Una de las partes cuenta con la información respecto del hecho que se debe acreditar, mientras la otra, al tiempo de carecer de esa información, tiene la carga de probarlo. Es evidente que la posición que ostenta la parte en un determinado proceso siempre condiciona, facilita o limita sus probabilidades de éxito en el ejercicio probatorio. Lo relevante, sin embargo, será que esta dificultad no se transforme en una imposibilidad de levantar la carga de la prueba y generar indefensión desde el punto de vista procesal.

También es frecuente que suela confundirse la dificultad probatoria con la dificultad en la identificación del *objeto de prueba*, o si se quiere, con la relevancia de los hechos. Se trata de dos fenómenos diferentes pero que se confunden⁵. En oportunidades la dificultad probatoria no proviene de alguna de las circunstancias arriba anotadas, sino de la identificación de los hechos que *deben* constituir objeto de la prueba⁶. Esto sucede, generalmente, cuando estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados, y en general, con mayor o menor grado, con todo el razonamiento jurídico⁷. ¿Qué hechos deben ser alegados y probados para

⁵ Utilizando la distinción de Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, podríamos decir que este tipo de problema se produce en los casos de *falta de conocimientos fácticos* que se refieren a las lagunas de conocimientos, y que pertenecerían al grupo de situaciones donde es posible identificar en forma medianamente clara los supuestos objeto de la prueba, pero faltan elementos de información que nos permitan conocer esos datos; esto debe separarse de los denominados *indeterminación semántica o vaguedad* de los predicados involucrados, donde, por el contrario, existen problemas de identificación del objeto probatorio debido a lagunas de reconocimiento o casos de penumbra. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991) “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”. En: *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 309. Esto mismo sucede en otras parcelas del derecho, como en el de daños, donde para identificar los hechos objeto de prueba se necesita seguir una determinada teoría del supuesto que se requiere probar, por ejemplo, en la causalidad: Véase, SCHUCK, Peter (2005) “Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales”. En: Rosenkrantz, Carlos (coordinador): *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa Editorial, pp. 180 a 185.

⁶ Cabe mencionar que en ocasiones la jurisprudencia ha solicitado a la parte que efectúe una alegación clara y precisa, no siendo suficiente las alegaciones genéricas, lo que hace de la identificación del objeto de prueba un problema probatorio relevante en el contexto de los litigios. Véase: C. Concepción, 24 de junio de 2013, Rol N° 143-2013 y CORTE SUPREMA. 17 de mayo de 2006, MJCH_MJJ17477.

⁷ ALCHOURRÓN/BULYGIN (1991) 305, indican que “el razonamiento jurídico consiste en establecer los hechos de un caso particular y subsumirlos dentro de la hipótesis de la norma para sacar la conclusión para el caso particular de la norma más los hechos”. Aquí, donde

configurar la hipótesis fáctica? Como se puede observar aquí el problema suele ser más valorativo que probatorio, esto es, consiste en un juicio jurídico que permita justificar que un determinado dato fáctico establecido en el proceso es susceptible de ser calificado en el concepto jurídico indeterminado⁸. Conceptos como el buen padre de familia, el interés superior del niño, la buena fe, la culpa, el daño indemnizable, la causalidad, los estándares de servicio en la responsabilidad patrimonial del Estado, la culpa, etc., presentan dificultades en su concreción fáctica (y en consecuencia, en la determinación de qué hechos deben alegarse y ser objeto de la prueba) que no necesariamente van acompañadas de dificultades en su prueba⁹. Estos conceptos requieren una teoría explicativa que identifique y haga relevantes algunos datos fácticos. En suma, no cabe duda que los problemas de identificación del objeto de la prueba están relacionados con la relevancia de los hechos y muchas veces no tienen ninguna vinculación con las dificultades probatorias a las que hacemos alusión en este trabajo.

3) LAS DIFICULTADES PROBATORIAS EN EL PROCESO CIVIL: BREVE TIPOLOGÍA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Sin un afán taxativo es posible identificar algunos supuestos en los que pueden observarse dificultades probatorias. Estos son supuestos típicos, es decir, podrían ser aceptados como casos de difícil prueba sin perjuicio que en las situaciones concretas no lo sean. Se ha querido al efecto establecer una distinción: por un lado, los hechos de difícil prueba, esto es, los acontecimientos fácticos que utilizados por el legislador como presupuestos para la aplicación de una norma jurídica deben ser probados en

no hay un uso lingüístico afianzado entre los hechos del caso y el concepto utilizado en la hipótesis normativa, también se da una situación problemática desde el punto de vista probatorio. Para que el juez determine que los hechos del caso constituyen o forman parte del concepto utilizado por el legislador formulará un enunciado interpretativo, que como tal no es susceptible de verdad o falsedad. GONZÁLEZ, Daniel (2005) *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*. Bogotá: Editorial Temis-Palestra, pp. 41-52.

⁸ La distinción ha sido implícitamente reconocida por la jurisprudencia e incardinada en los aspectos jurídicos de la decisión. La Corte Suprema, en sentencia de 31 de agosto de 2011, Rol N° 1061-2010, señaló que la subsunción del hecho material probado en el concepto jurídico indeterminado es una cuestión jurídica que puede ser revisado por el recurso de casación en el fondo.

⁹ Las dificultades en la concreción fáctica del dato a probar pueden generar ciertas hipótesis de indefensión desde el punto de vista procesal, especialmente en aquellos casos en que la sentencia determina una serie de hechos que *debieron probarse* para satisfacer el concepto indeterminado, y que jamás fueron objeto de la prueba. Un buen ejemplo puede advertirse en la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de octubre de 2011, Rol N° 5975-2009, donde la Corte le indica al demandado una serie de hechos que debió probar para justificar su diligencia.

juicio por las partes, y por otro, las dificultades probatorias derivadas de la disponibilidad o facilidad probatoria.

3.1) DIFICULTADES EN RELACIÓN A LOS HECHOS

Es posible observar un conjunto de hechos que presentan como característica común reportar dificultades desde el punto de vista de su prueba. Uno de ellos es el *hecho antiguo*¹⁰. Cuándo un hecho debe considerarse antiguo no es algo que pueda medirse objetivamente. Todo dependerá de las circunstancias del caso, y concretamente de los medios que se estimen idóneos para su prueba. Si se trata de hechos que requieren documentación o están fijados en soportes físicos o electrónicos (como una escritura pública o un certificado) estos se sostienen en el tiempo sin gran detrimento de su valor informativo. El hecho antiguo no resultará dificultoso en su prueba. Por el contrario, si se quiere demostrar un hecho relacionado con una conducta humana (un accidente de tránsito) o un acontecimiento de la naturaleza (una inundación) es evidente que sus vestigios y signos físicos, como también la fiabilidad de los medios de información para su establecimiento, van desapareciendo en la misma medida en que transcurre el tiempo. En el caso, por ejemplo, de los testigos, es claro que el paso del tiempo es un enemigo real de la memoria y la percepción de los hechos¹¹. Estas dificultades aumentan mientras más precisa sea la determinación del hecho objeto de la prueba, en la medida de que las exigencias de información confirmatoria de la hipótesis fáctica requieren ser más exactas. Estos problemas han aflorado en materia de compensación económica en el divorcio, en la medida que el cónyuge debe acreditar hechos que han sucedido hace bastante años, como también en la prueba tributaria, cuando se le exige al contribuyente prueba fidedigna más allá de los plazos legales de conservación documental.

Quizá una de las categorías más empapada de las dificultades de prueba son los *hechos síquicos, psicológicos o subjetivos*¹². Estos hechos se caracterizan por situarse en la esfera inmaterial, interna o psicológica de un determinado sujeto, que resultan físicamente imposibles o difíciles de

¹⁰ PEYRANO, Jorge (2011) "La prueba difícil". *Civil Procedure Review*, Vol. 2, pp. 87 y ss.

¹¹ NIEVA, Jordi (2010) *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 217, y MAZZONI, Guliana (2010) *¿Se puede creer a un testigo?* Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, p. 49.

¹² Véase: GASCÓN, Marina (1999) *Hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 76; TARUFFO (2009) 159; PÉREZ GIL, Julio (2010) *El conocimiento científico en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 84 a 85; DEVIS, Hernando (1988) *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, p. 163; RAGUÉS, Ramón (2004). "Consideraciones sobre la prueba del dolo". *Revista Estudios de la Justicia*, N°4, pp. 6 a 19; GARCIMARTÍN, Regina (1997) *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Cedecs, p. 51; BENTHAM, Jeremy (2001) *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada: Editorial Comares, p. 18.

constatar, pero que en muchas oportunidades son considerados por el legislador para la producción de efectos jurídicos. Así lo hace con la culpa, la buena fe, el fraude, la intención, el daño moral, el conocimiento de un determinado estado o situación fáctica, etc. Salvo los casos en que el legislador por razones de política sustantiva decide exonerarlos de prueba¹³ (como en la buena fe en el Art. 707 CC), se comparte por la doctrina que estos hechos al pertenecer “a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos”¹⁴, presentan intrínsecas dificultades probatorias¹⁵. La falta de constatación externa del hecho, al situarse más allá de cualquier percepción sensorial directa, dificulta su comprobación en el proceso judicial al extremo que parte de la doctrina ha postulado que deben ser objeto de imputación pero no de prueba¹⁶. Esta dificultad, sin embargo, únicamente impide exigir una prueba directa del hecho síquico, que será poco probable de obtener. Así entonces el énfasis de la actividad probatoria se situará en la prueba indirecta, mediante el establecimiento de ciertas circunstancias objetivas o materiales que permitan justificar que un sujeto tuvo o tenía, o no pudo sino que tener, conocimiento de un hecho, una intención, convencimiento, etc.¹⁷. Se trata, como dice la doctrina, de lograr un grado de certeza menor al enunciado sobre hechos externos o físicos¹⁸.

La jurisprudencia nacional también ha reconocido esta categoría, y ha descrito en plenitud sus características a propósito de la acción de simulación de contrato: “se sustrae de una prueba directa, y más bien se induce o infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquel y de las circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas, y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en su mismo terreno”¹⁹. Lo mismo, aunque ahora con algunas moderaciones, se ha dicho con respecto al *daño moral*, al relajar o

¹³ FERNÁNDEZ, Mercedes (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: Editorial La Ley, p. 139.

¹⁴ TARUFFO (2009) 159.

¹⁵ Véase: PÉREZ GIL (2010) 5; GASCÓN (1999) 76; TARUFFO (2009) 160; RAGUÉS (2004) 16-19; PASTOR, FRANCISCO (2003) *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 171 y ss; CENDON, Paolo y ZIVIZ, Patricia (1992). “L’ inversione delle prova nel diritto civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°3, p. 773; PICÓ I JUNOY, Joan (2013): “La prueba del dolor”. En Taruffo, Michele y Nieva, Jordi (directores): *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, p. 88-95.

¹⁶ Véase el estado de discusión y sus argumentos, en: GONZÁLEZ (2005) 41 y ss.

¹⁷ TARUFFO (2009) 159; GONZÁLEZ (2005) 43; GASCÓN (1994) 78.

¹⁸ GASCÓN (1994) 78.

¹⁹ C. Santiago, 26 diciembre 1957. R., t. 55, sec.1°, p. 188; C. Valdivia, 22 de agosto de 2007, Rol N°392-2007; CORTE SUPREMA, 15 de diciembre de 2008, Rol N°5301-2007; C. Suprema, 18 de agosto de 2010, Rol N°1685-2009; C. Santiago, 2 de noviembre de 2009, Rol N° 6391-2007.

exonerarlos de prueba entendiendo que consiste en un hecho que integra la esfera síquica o subjetiva de las personas²⁰.

Los *hechos negativos* también presentan algunas dificultades probatorias. Es posible que el legislador identifique la hipótesis general y abstracta en forma negativa, de manera que sea la inexistencia de un hecho lo que permita la aplicación de una norma jurídica. Esto se da “cuando la norma contiene la negación de una identificación positiva o bien usa términos equivalentes a esa negación”²¹. Por ejemplo, la mala fe, la no comparecencia, la insolvencia, etc. También se produce con bastante frecuencia que las tesis fácticas o las narraciones que las partes presentan en defensa de sus intereses se articulen con eventos negativos. En líneas generales se dice que los hechos negativos no están exentos de prueba y que la regla romana *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat* no tiene un carácter absoluto²². Algunos autores postulan la exención probatoria de esta clase de hechos, siempre que a su excesiva dificultad se una la total inactividad probatoria de la parte contraria²³.

²⁰ No obstante aquí hay discrepancias jurisprudenciales. Así, se establece que *debe ser probado* el daño moral: C. Antofagasta, 2 de julio de 2013, Rol N°1105-2012, no obstante tratarse de un caso donde un paciente tuvo que realizarse intervenciones adicionales producto de una sutura mal efectuada. C. Valparaíso, 3 de diciembre de 2008, Rol N° 667-2008, exigió prueba del daño moral respecto de la demolición de una casa. Otro caso en que bajo el pretexto de infringir las reglas de la carga de la prueba la Corte Suprema exige una prueba del daño moral es el contenido en sentencia de 7 de mayo de 2013, Rol N° 7170-2013. Aquí se dice que la presunción de daño moral vulnera el Art. 1698 CC, en circunstancias que la Corte formula una valoración de la gravedad del hecho base para derivar daño moral. Se *exonera* de prueba directa al daño moral fundado en que se trata de un hecho de difícil prueba: C. Santiago, 26 de octubre de 2011, Rol N° 5975-2009, no obstante la Corte consideró los numerosos informes practicados a los actores que daban cuenta de alteraciones físicas y psicológicas por los malos olores producidos por la planta Aguas Andina S.A. C. Concepción, 24 de octubre de 2007, Rol N° 1914-2006, estimó que el daño moral no requiere prueba en el caso de una agresión a un estudiante por parte de otros estudiantes, aun cuando aplicando correctamente las normas reguladoras de la prueba rechaza como prueba los instrumentos privados emanados de terceros a ajenos al juicio y no ratificados en el proceso. La C. Suprema, en sentencia de 11 de mayo de 2004, Rol N° 4836-2001, exime de prueba al daño moral atendido que afecta la integridad espiritual de las personas y este dolor no necesita prueba específica. En este sentido: C. Suprema, 7 de mayo de 2012, Rol N° 9297-2012, utilizando máximas orientadas en la experiencia común: la muerte de un padre genera una gran aflicción a sus hijos, de manera que el que sustenta la tesis contraria debe probarla. También estima que no requiere prueba el daño moral la C. Antofagasta, 19 de junio de 2006, Rol N°1167-2005, haciendo expresa referencia a la naturaleza síquica del daño, aun cuando se trataba de un caso de publicación errónea de una deuda en el sistema financiero. Otro caso, igual de relevante, es el fallo de la C. Punta Arenas, en sentencia de 29 de enero de 2009, Rol N° 7982-2005, que presume el daño moral a partir de un acto de discriminación, reconociendo no obstante que se trata de una categoría de difícil prueba que no puede exigir una confirmación directa.

²¹ TARUFFO (2009) 138.

²² En contra, CENDON/ZIVIZ (1992) 774, quienes aceptan las presunciones jurisprudenciales del hecho negativo en base a la calificación de los intereses en juego.

²³ ÁLVAREZ, Pedro (2007) *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares, p. 88; CORTÉS,

No obstante, existen técnicas que se han aceptado como epistémicamente válidas, como la prueba por coartada, que consiste en la prueba de un hecho incompatible con la existencia del hecho que se niega, y la prueba del hecho positivo contrario²⁴. Incluso alguna doctrina ha indicado que aún es posible la prueba del hecho negativo cuando es posible percibirlo sensorialmente²⁵. La prueba del hecho negativo resulta más compleja cuando más vagas e indeterminadas son las circunstancias de espacio y tiempo²⁶. En estos casos se reconoce que técnicamente nos enfrentamos a la prueba de un hecho imposible, y en tal sentido se postula la inversión de la carga de la prueba²⁷. La postura de nuestra jurisprudencia respecto de esto ha sido fluctuante; en ocasiones ha estimado que el hecho negativo no requiere prueba, trasladando su carga a la contraparte²⁸. En otras, ha dicho que el hecho negativo presenta dificultades probatorias respecto del sujeto que lo alega, pero que no exonera ni traslada la carga de la prueba a la otra parte, aunque sí supone una *apreciación mucho menos rigurosa* que para un hecho positivo²⁹. De igual manera es posible constatar ciertos relajos probatorios en el establecimiento del hecho negativo. Así, por ejemplo, cuando a un litigante se le ha exigido probar un hecho negativo y complejo como la notoria insolvencia, la jurisprudencia ha estimado que los instrumentos privados no reconocidos en juicio constituyen base de presunción judicial, a partir de los cuales es posible construir una inferencia probatoria³⁰. Tal razonamiento constituye una flagrante violación a las normas reguladoras de la prueba, pero se estima que ayuda al litigante a sortear una dificultad probatoria como es la notoria insolvencia³¹.

Valentín (1972). "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. N°s 2-3, p. 636.

²⁴ PATTI, Salvatore (1987) *Prove. Disposizioni Generali*. Bolonia: Zanichelli Editore, p. 52; TARUFFO (2009)140; COMOGLIO, (2004) 216. Así, también: C. Suprema, 3 de mayo de 2004, MJCH_MJJ9290.

²⁵ GARCIMARTÍN (1997) 63-64, da el ejemplo de que es posible probar que una muralla no obstaculiza el paso del sol percibiendo directamente tal hecho.

²⁶ TARUFFO (2009) 139.

²⁷ PATTI (1987) 53.

²⁸ C. Suprema, 25 de mayo de 1956, R., t. 53, sec. 1°, p. 88.

²⁹ C. Talca, 29 de marzo de 1927, R., t. 25, sec. 2°, p. 73. En el mismo sentido: C. Suprema, 3 de noviembre de 1908, R., t., 6, sec. 1°, p. 252; C. Suprema, 10 de agosto de 1921, R., t. 21, sec. 1°, p. 74; C. Talca, 2 de julio de 1948, G., t. 2, p. 493. En la jurisprudencia nacional los casos más frecuente de dificultad en la prueba de un hecho negativo se han dado en el ámbito de las tercerías de pago. Estas exigen al tercerista probar que el ejecutado carece de bienes suficiente para cubrir la deuda, lo que plantea un desafío importante en el plano probatorio desde que ello supone establecer un hecho negativo indeterminado.

³⁰ C. Concepción, 8 de octubre de 2010, Rol N°496-2010.

³¹ En el ámbito del proceso civil actualmente vigente, la valoración de la prueba documental está sujeta a las tarifas y formalidades previamente establecidas por el legislador. Una de esas formalidades, y que permite la aplicación de las normas legales de valoración, es que los instrumentos privados para tener valor en juicio deben emanar de la contraparte y ser reco-

Otro de los hechos que pueden resultar especialmente difíciles de prueba son los *hechos complejos*. Hay casos donde el hecho no es reconducible a una noción única sino que se trata de una realidad compuesta por multiplicidad de partes. Esta complejidad puede provenir de dos circunstancias, no necesariamente excluyentes entre sí: en primer lugar, es complejo el hecho que está *compuesto por distintas partes*, los que a su vez son hechos simples unidos funcional o materialmente³². Se trata de hechos que unidos permiten la obtención de una consecuencia jurídica prevista en la norma, y que presentan tantos objetos probatorios como hechos se trate. En segundo lugar, también puede considerarse un hecho complejo el que tiene una duración determinada en el tiempo³³. La doctrina reconoce dos formas de prueba: la primera es la denominada *prueba por muestreo*, donde en realidad se prueba algún momento o instante, que se entiende que se prolonga en el tiempo³⁴. Esto lo hace nuestro legislador, por ejemplo, en el Art. 925 del CC a propósito de la prueba de la posesión, que exige probar actos específicos que el legislador entiende se prolongan en el tiempo. La segunda forma es la denominada *prueba por falta de prueba contraria*. Cuando el hecho no es directamente demostrable, su constatación deriva de la falta de prueba en contrario³⁵.

Los *hechos futuros* son otro caso que puede destacarse dentro de los difíciles³⁶. A diferencia de los anteriores los hechos futuros no han sucedido aún, pero dado cierto estado de las cosas se espera que sucedan. El ejemplo clásico es la pérdida de ganancias producto de la extirpación de un brazo, esto es, el lucro cesante. En todos los procesos civiles la prueba del lucro cesante, como una categoría de hechos futuros, presenta ciertas dificultades derivadas de la necesidad de efectuar conjeturas acerca de su existencia y cuantificación³⁷. En este contexto al tratarse de un hecho que

nocidos bajo alguna de las formas del Art. 346 CPC. Si no hay reconocimiento del instrumento privado –que dicho sea de paso su bajo valor probatorio proviene de la inexistencia de mecanismos que aseguren y den fe de la autoría y contenido– dicho instrumento debería carecer de todo valor probatorio. Sin embargo, en abierta contravención de esa regla la jurisprudencia ha entendido que los instrumentos privados no reconocidos tienen un valor probatorio inferior, y pueden servir de base para establecer una presunción judicial. Claramente con este tipo de razonamiento se manifiesta el desfase de nuestro sistema probatorio actualmente vigente. Plena prueba, semiplena prueba, presunción judicial y base de presunción judicial funcionan como verdaderos estándares de prueba, que determinar a la suficiencia de la información disponible para dar por establecido un hecho.

³² TARUFFO (2009) 144; BENTHAM (2001) 18; GAMBA, Cinzia (2009). “Standars di decisione e complessità dei fatti”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°1, p. 257.

³³ TARUFFO (2009) 144.

³⁴ TARUFFO (2009) 148.

³⁵ TARUFFO (2009) 148.

³⁶ Así se ha reconocido expresamente en: C. Valparaíso, 3 de diciembre de 2008, Rol N° 667-2008.

³⁷ DIEZ, José Luis (1997) *El daño extracontractual. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 65 y ss.

aún no existe resulta imposible su prueba directa, debiendo estimarse su acreditación a partir de ciertos datos objetivos que sí requieren una actividad probatoria importante. A partir de esta regla, es posible afirmar que debe establecerse un hecho base a partir del cual sea posible proyectar otro hecho en el futuro. Es claro, a mi entender, que el juez no puede exigir una probabilidad muy elevada de que el hecho futuro se va a producir. Basta para estimar probado el hecho un juicio de probabilidad mediana. La jurisprudencia ha recurrido a la noción de *normalidad* para establecer el *quantum* indemnizatorio en materia de lucro cesante³⁸. Se trata de una noción relativa y no suficiente fundada en datos empíricos, que entrega al juez la definición de aquello que se considera normal y razonable en las expectativas de vida de un sujeto concreto. No obstante, el *quid* de la cuestión está en la calidad epistémica de la inferencia que se utilice para el establecimiento del hecho, lo que dependerá, a su vez, de la solidez de la información que proporcionen los litigantes.

También encontramos los *hechos íntimos*, entendiéndose por tales aquellos los que suceden en la esfera privada de las personas³⁹, generalmente en la clandestinidad. Esta clase de hechos, cuando dejan signos materiales o físicos, no generan grandes problemas en la medida que pueden estar al alcance de la prueba indirecta. En realidad debido al carácter oculto con que se desarrollan estos hechos no resulta exigible una prueba directa. Por otro lado, es frecuente también que no dejen signos físicos o materiales susceptibles de verificarse. Aquí se produce para los litigantes una seria dificultad probatoria, teniendo que recurrirse a técnicas probatorias aun en ciernes en nuestro sistema jurídico como el control de la fiabilidad de la declaración de la parte⁴⁰. Esto supondrá introducir máximas de la experiencia para valorar esa declaración pasando a tener un lugar central la prueba científica.

Por último, y en este mismo sentido, también existen hechos que por su especial *naturaleza técnica* no son de fácil prueba. Estas dificultades derivan de dos órdenes de ideas: primero, el hecho en sí tiene una serie de peculiaridades que resultan difícil de identificar y alegar en el proceso⁴¹.

³⁸ C. San Miguel, 1 de octubre de 2007, Rol N° 1082-2007, MJJ15690.

³⁹ PEYRANO (2011) 87.

⁴⁰ GASCÓN (1999) 14 y 67; ROMERO, Aurelia (2000) *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*. Madrid: Editorial Civitas, p. 69. Así también, en la jurisprudencia: C. Suprema, 29 de abril de 2009, Rol N° 5058-2008, MJJ20041.

⁴¹ Para quienquiera tener un claro ejemplo, casi de pizarrón, acerca de la complejidad probatoria de esta clase de hechos puede revisar la sentencia de la Corte Suprema, de 10 de diciembre de 2008, Rol N° 1771-2007, y la sentencia de segunda instancia recaída en estos mismos autos de la Corte de Antofagasta, de 7 de marzo de 2007, Rol N° 290-2006. El caso se trataba de lo siguiente: una empresa encomendó la reparación de un motor que formaba parte de una máquina de mayor envergadura. El motor en cuestión falló en dos oportunidades y tuvo que ser nuevamente reparado. Luego de constatar su funcionamiento en condiciones normales, se produjo una falla de la máquina de la cual el motor formaba parte. El actor

Cuando esto sucede suele existir una alegación genérica, no muy precisa de la parte, pero que se estima suficiente para permitirle al juez aplicar una determinada norma jurídica. Así por ejemplo cuando se trata de identificar la causa de un daño se suele afirmar que determinado evento tiene por causa cierta conducta del agente, sin señalar específicamente cómo se produce esa relación. Esta problemática influirá en la definición del objeto de la prueba. Por otro lado, y en segundo lugar, los hechos técnicos también colocan un desafío importante al juez en el momento de la valoración de la prueba pericial. Este medio de prueba tiene una importancia vital en el establecimiento verdadero del hecho técnico⁴².

3.2) DIFICULTADES DERIVADAS DE LA FACILIDAD Y DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

No solo los hechos pueden implicar dificultades desde el plano probatorio sino además la falta de disponibilidad que una parte tenga respecto de las fuentes de prueba. En algunas circunstancias las partes no se encuentran en posibilidades reales y ciertas de levantar la carga probatoria, por la sencilla razón de que las fuentes de prueba (medios de prueba) que se consideran relevantes e idóneas se encuentran en disposición de la contraparte, que peculiarmente no corre con la carga de acreditar el hecho. Esto sucede cuando hay un desajuste entre quien tiene la carga de probar un dato fáctico y quien tiene en su poder los medios de prueba que se estiman idóneos para lograr un grado adecuado de confirmación de la hipótesis de hecho. El legislador no interviene en la asignación de la carga de la prueba, por lo que esta se mantiene sin variación aun cuando el sujeto gravado no cuenta con los medios de prueba.

En estos casos, como veremos más adelante, entran en juego las reglas que proporciona el ordenamiento jurídico, y que intentan solucionar el problema en que la prueba no se encuentra disponible para la parte gravada con la carga. La discusión en Chile se levanta con una fuerza inusitada, al extremo de constituirse de uno de los puntos de desencuentro más sustanciales en la doctrina⁴³. Las opciones transitan entre la valo-

imputa a la empresa encargada de la reparación la responsabilidad en la falla de la máquina producto una ejecución imperfecta del contrato.

⁴² Puede verse: GASCÓN, Marina (2013) “La prueba científica. Un mapa de retos”. En: *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, pp. 181-201.

⁴³ Véase en esta polémica: BRAVO, Pablo (2013) “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, pp. 13-46; CARVAJAL, Patricio (2012) “Non liquet: Facilidad probatoria en el Proyecto de un Nuevo Código Procesal Civil”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 39, N°3, pp. 565-604; PALOMO, Diego (2013) “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda la vuelta?” *Revista Ius et Praxis*, N°2, pp. 447-464. CORRAL, Hernán (2012) “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil”. En: *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en la*

ración de la conducta de la parte y la modificación de la regla de la carga de la prueba.

4) **ALGUNAS SOLUCIONES PARA HACER FRENTE A LAS DIFICULTADES PROBATORIAS**

4.1) **¿CÓMO CONTRIBUYE EL LEGISLADOR A SOLUCIONAR LOS CASOS DE DIFICULTAD PROBATORIA?**

En ocasiones las dificultades probatorias son identificadas previamente por el legislador. Frente a ello la opción de regular un mecanismo de facilitación probatoria dependerá de razones de política sustantiva. En algunas oportunidades esas facilidades buscarán otorgar protección a las partes más débiles de la relación contractual, a la más desposeída económica y técnicamente en relación a la complejidad de los hechos. También pueden tener por finalidad aumentar la probabilidad de éxito para el demandante en una determinada pretensión. Las razones que puede tener el legislador son múltiples, generalmente discernidas en base a ciertos bienes o valores que se consideran dignos. Si lo que se pretende es evitar los abusos contractuales, el legislador puede dispensar a la parte teóricamente más débil del contrato. O, si se quiere proteger un interés relevante, como el interés superior del niño, es posible que se planteen dispensas probatorias de otra naturaleza. Esto pone de manifiesto, por otra parte, que la tutela jurisdiccional de los derechos es consustancial a su consagración misma, de manera que resulta impensable referirse a los beneficios de una norma sustantiva sin un correlato procesal.

Las técnicas más relevantes de facilitación probatoria que pueden consagrarse legislativamente son cuatro: las presunciones legales; la factibilidad heurística de la norma jurídica; las denominadas verdades interinas y la modificación de la carga de la prueba⁴⁴.

legislación chilena. Cuadernos de Extensión Jurídica 23. Santiago: Editorial Universidad de los Andes, pp. 107 y ss.

⁴⁴ Véase: VALLEBONA (1992) 810 y 811. En el ámbito de la responsabilidad por daños, pueden existir otras técnicas de facilitación probatoria como las que reconoce Guillermo Ormazábal. El autor expone al menos cuatro formas: a) la modificación del supuesto de hecho de la norma aplicable, de manera que la culpa deje de integrar el conjunto fáctico que debe ser objeto de la prueba, trasladando la prueba de su inexistencia al que la alegue como hecho impositivo; b) Mantener inalterado el supuesto de hecho, pero alterar el peso de la prueba del nexo causal y la culpa, quedando estos en el demandado que pretenda exonerarse de responsabilidad; c) Mantener tanto el supuesto de hecho como la carga de la prueba pero introduciendo legislativamente presunciones de hecho; d) Rebajar o disminuir el grado de certeza, pasando desde la duda razonable a la probabilidad prevalectante; e) por último, también es posible una combinación de las anteriores. ORMZÁBAL (2004) 14 y 15. También es posible que la facilitación probatoria camine por el ámbito de la creación de cate-

Es un tópico aceptado por la doctrina que las presunciones legales constituyen una herramienta legislativa de facilitación probatoria⁴⁵. En rigor bajo el concepto “presunción legal” suelen enmarcarse dos fenómenos probatorios distintos: las *presunciones legales propiamente tales*, y las *verdades provisionales o interinas*. En las primeras el legislador tipifica ciertos supuestos fácticos, probados los cuales, se da por establecido otro hecho determinado también por el legislador y que integra el presupuesto fáctico que permite obtener la consecuencia jurídica. El sujeto beneficiado con la presunción debe probar un hecho cuya existencia determinará la prueba de otro. No hay aquí una exención probatoria sino un cambio el objeto de la prueba, que se supone, como indica Ormazábal “será de más fácil probanza que el hecho inicialmente objeto de prueba”⁴⁶. En las verdades interinas (falsas presunciones o presunciones aparentes), en cambio, se produce una exención probatoria por el solo ministerio de la ley, desde que el legislador ha dado por cierto un hecho sin necesidad de prueba⁴⁷. En estas la ley impone aceptar como verdadero algo que posiblemente es distinto a la realidad efectiva o lo que se cree. El sujeto perjudicado con la verdad interina puede combatirla probando que la verdad que afirma no ha ocurrido, asumiendo, por tanto, la carga de la prueba.

Tanto en una como en otra opera una regla de la experiencia, y son, al igual que todas las ficciones, contraepistémicas desde que obligan al juez a dar por verdadero un hecho con independencia de su comprobación⁴⁸. A esta clase además pertenecen algunas de las denominadas “ficciones jurídicas”, que operan en ámbitos específicos del Derecho y que tienden a privilegiar una determinada posición sustantiva del sujeto beneficiado, oponiéndola a otro sujeto que queda sometido y con la carga de desvirtuar la ficción⁴⁹.

En estas técnicas suelen reconocerse dos finalidades: por una parte, la facilitación probatoria propiamente tal, esto es, brindar una ayuda a una de las partes cuyo objeto de la prueba resulta muy difícil o imposible de

rías o distinciones sustantivas, con repercusiones procesales de naturaleza probatoria, como sucede con la distinción acuñada en el derecho civil entre obligación de medios y de resultados. Véase, DOMÍNGUEZ, Carmen (2010) “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica”. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, N° 6. Santiago: Fundación Fuego, pp. 21 a 44.

⁴⁵ Véase: ORMAZÁBAL (2004) 109; DAMIAN MORENO, Juan (2007) “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”. En: *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 17; RIVERA, Rodrigo (2011) *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, p. 140; FERNÁNDEZ (2006) 133; CORTÉS (1972) 605.

⁴⁶ ORMAZÁBAL (2004) 109 y CORTÉS (1972) 607, quien utiliza la expresión “aligerar la prueba”.

⁴⁷ DAMIAN (2007) 17.

⁴⁸ FERNÁNDEZ (2006) 134.

⁴⁹ Es el caso de la administración pública BLANQUER, David (2006) *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 155.

acreditar; o bien, por la otra, favorecer a una de las partes de la relación jurídica sustantiva para hacer más factible el ejercicio de su derecho⁵⁰. Estas finalidades no son necesariamente opuestas, aunque sí es posible identificar rasgos que las caracterizan. Cuando se trata de facilitar la prueba de un hecho el legislador está pensando en supuestos fácticos abstractos que son difíciles de acreditar, como el dolo, la buena fe, la culpa, la posesión, etc. Se trata de categorías que, típicamente, se consideran de difícil prueba, y el legislador actúa modificando el objeto probatorio o la carga de la prueba. Sin embargo, cuando las presunciones tienen por finalidad facilitar el ejercicio de un derecho, el legislador no está pensando en un determinado supuesto fáctico de difícil prueba, sino más bien en una determinada relación jurídica sustantiva donde es necesario proteger a la parte más débil. En el caso de las presunciones simplemente legales estas funcionan además como una forma de precisar el objeto de la prueba, dado que definen los supuestos fácticos concretos que deberán ser probados, lo que tratándose de conceptos indeterminados resulta una ayuda considerable.

Ahora bien, las normas que consagran estas modalidades de modificación o exención probatoria tienen una naturaleza *sustantiva o material*, y las dicta el legislador para facilitar el ejercicio probatorio frente a casos en que los hechos resultan difíciles de precisar y acreditar, o cuando es necesario otorgar beneficios procesales que permitan el ejercicio más expedito de cierta categoría de derechos individuales o colectivos⁵¹. Se trata en consecuencia de normas cuya crítica debe situarse en el ámbito de las políticas sustantivas y de los criterios conforme a los cuales el legislador regula los intereses contrapuestos en la determinación de los supuestos fácticos normativos⁵². Al tratarse de normas contraespistémicas el legislador prefiere la protección y ejercicio de un determinado grupo de sujetos o de intereses, por sobre la obtención de la verdad.

Estas técnicas no deben ser confundidas con lo que entendemos constituye una modificación o *inversión legal directa de la carga de la prueba*⁵³. El legislador para determinados tipos de relaciones jurídicas opera directamente asignando la carga de probar un hecho a una de las partes⁵⁴. En general se trata de normas de naturaleza sustantiva⁵⁵, cuya consagración puede venir entregada para despejar dudas interpretativas de las normas comunes de la carga de la prueba (o sea, la norma no hace sino que

⁵⁰ RIVERA (2011) 141 y TARUFFO (2010) 260.

⁵¹ DAMIAN MORENO (2007) 158; CORTÉS (1972) 605; COMOGLIO, Luigi, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele (1995) *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, p. 628.

⁵² TARUFFO (2010) 260 y 261; CORTÉS (1972) 606.

⁵³ Sobre la distinción: RIVERA (2011) 141; FERNÁNDEZ (2006) 128.

⁵⁴ FERNÁNDEZ (2006) 128-141.

⁵⁵ FERNÁNDEZ (2006) 130.

confirmar el resultado interpretativo al que se llegaría aplicando las reglas generales de asignación de la carga de la prueba), o para establecer repartos equitativos de cargas procesales.

Por otro lado, la expresión “factibilidad heurística o probática de la norma” ha sido acuñada por Muñoz Sabaté en su obra “*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*” como condicionante de la eficacia de la norma jurídica. Para el autor la factibilidad probática exige al legislador que las hipótesis fácticas previstas en abstracto en la norma jurídica no sean de aquellas que no dejan huellas físicamente constatables o de difícil incorporación al proceso⁵⁶, de manera de posibilitar su prueba en el proceso. En general se trata de una técnica que no ha sido difundida ni exteriorizada en el ámbito del Derecho Procesal ni sustantivo, y que mira más bien a la utilización de una técnica legislativa que permita su prueba en forma más sencilla. El legislador debería regular los supuestos de hecho pensando en la aplicación judicial de la norma jurídica.

4.2) SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

Doctrinal y jurisprudencialmente se han propuesto diversas soluciones para intentar paliar las dificultades en que puede encontrarse un litigante frente a hechos difíciles o pruebas complicadas de obtener. Estas soluciones no gozan de un consenso total en la doctrina, y más bien han sido fuertemente criticadas por tratarse de reglas de creación jurisprudencial que muchas veces carecen de todo respaldo legal. En líneas generales puede decirse que prácticamente todas influyen en la *asignación de la carga de la prueba*, aunque también están relacionadas con su valoración y la construcción de inferencias probatorias. No pretendo dar cuenta de todas las situaciones sino únicamente de las que considero más ajustadas a la realidad y práctica nacional.

4.2.1) La normalidad como criterio de asignación de la carga de la prueba

La asignación de la carga de la prueba en relación a un criterio de normalidad ha tenido bastante cabida en la práctica jurisprudencial y doctrinaria nacional⁵⁷. Esta tesis pretende eximir de la actividad probatoria al hecho que aparece u obedece a un caso cuya ocurrencia puede

⁵⁶ MUÑOZ (1997) 17.

⁵⁷ Véase: por todos, PEÑAILILLO, Daniel (1989) *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 52.

considerarse “típica” o “normal” en el devenir de las cosas⁵⁸, trasladando a la contraparte la carga de establecer su falsedad. En la doctrina comparada la tesis de la normalidad asume dos variantes. Se habla al efecto de una *regla de la innovación*, en la que la carga de la prueba la asume a quien innova, en cuanto pretende una modificación del estado normal; en otras palabras, el litigante que alegue un hecho anormal debe demostrarlo, puesto que lo habitual, lo corriente, lo que ordinariamente sucede en la vida cotidiana no necesita demostración empírica, siendo dable presumirla por la alta factibilidad de que ocurra⁵⁹. En el segundo caso, la noción de “normalidad” funciona como nexo que conecta un hecho probado con el hecho inferido que forma parte del supuesto fáctico de la norma aplicable. En este caso, la normalidad es utilizada como *máxima de la experiencia*, por la cual el juez a partir de un hecho probado infiere otro que obedece a un comportamiento normal o habitual, en un momento determinado, y bajo parámetros socialmente aceptables. Como se puede observar el criterio de normalidad, en sus dos funciones o modalidades, viene definida por criterios de la experiencia humana, en el sentido de considerar como verdadero un hecho cuando su ocurrencia pueda identificarse con algún acontecimiento habitual.

El desarrollo de este razonamiento o técnica probatoria en el derecho nacional se ha producido desde la jurisprudencia, que fue la primera en abandonar la vieja máxima romana que acariciaba el Art. 1698 del Código Civil (*actori incumbet probatio*), para introducir este criterio en la distribución de la carga de la prueba. De esta forma, si un litigante alega e introduce un elemento fáctico cuya ocurrencia se corresponde con una pauta de conducta que puede considerarse normal para un determinado estado de cosas, no tiene la necesidad de ejercer ninguna actividad probatoria; por el contrario, quien niega ese hecho, tiene la carga de demostrar su falsedad⁶⁰.

Esta práctica y razonamiento probatorio ha sido muy criticado en la doctrina, por su carácter de *argumentum ad ignorantiam*. Taruffo in-

⁵⁸ TARUFFO (2010) 264.

⁵⁹ SEAONE, José (2007) *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. 2ª edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, p. 156.

⁶⁰ Véase, sobre esta clase de razonamiento probatorio: C. Concepción, 5 de octubre de 2010, Rol N° 295-2009; C. San Miguel, 1 de enero de 2010, Rol N° 393-2010; C. Concepción, 22 de octubre de 2008, Rol N° 4769-2005; C. Suprema, 7 de julio de 2009, Rol N° 3143-2009; C. Suprema, 28 de julio de 2009, Rol N° 3410-2008; C. Suprema, 8 de septiembre de 2009, Rol N° 1980-2008; C. Suprema, 6 de marzo de 2013, Rol N° 9074-2011; C. Suprema, 27 de diciembre de 2011, Rol N° 8983-2010; C. Antofagasta, 10 de agosto de 2010, Rol 96-2010; C. Santiago, 7 de septiembre de 2000, MJCH_MJJ3616; C. Suprema, 3 de mayo de 2004, MJCH_MJJ9290; C. Concepción, 7 de julio de 2008, Rol N° 400-2007; C. Antofagasta, 19 de junio de 2006, Rol N° 1167-2005. En todos estos casos se utiliza a la normalidad como criterio de asignación de la carga de la prueba o para la construcción de la inferencia probatoria.

dica que “la falta de demostración de la falsedad de una afirmación no equivale a la prueba de su verdad, se trata en todo caso de una conducta arbitraria y prevaricadora, que no es aceptable en el contexto de una comunicación racional y correcta”⁶¹. La crítica se dirige a la circunstancia de que lo que parece como pauta típica de comportamiento por ocurrir con cierta frecuencia puede no haber ocurrido en el caso concreto, por lo que siempre será necesario establecer la verdad del hecho invocado⁶². Otros opinan que se trata de un criterio inseguro⁶³. En general, es un criterio que carece de respaldo empírico, donde lo que constituye el respaldo de la garantía en la inferencia probatoria no es más que una “creencia” de que cierta conducta o acontecimiento se repetirá siempre y en todo caso.

Se pueden agregar a esta crítica dos cuestiones adicionales: la primera es que muchas veces este mecanismo opera en la sentencia definitiva generando indefensión a la parte que, aplicando las reglas legales, no tenía la carga de probar el hecho⁶⁴. En segundo lugar, la aplicación práctica que ha formulado la jurisprudencia no ha sido uniforme. Así, la Corte Suprema en sentencia de 3 de septiembre de 2009, Rol N° 1346-2008, determinó que la existencia de un vínculo de parentesco entre la víctima y el actor no era suficiente para considerar normal la existencia del daño moral; mientras que en otra sentencia, de 1 de octubre de 2010, la Corte de Antofagasta definió que la prueba del vínculo era suficiente para presumir de modo directo y grave que el demandante sufrió daño moral⁶⁵.

4.2.2) Prueba *in re ipsa loquitur*

Otra de las técnicas utilizadas para facilitar la prueba de los hechos es la denominada prueba *in re ipsa loquitur*. Aplicada en ciertos casos de responsabilidad extracontractual en el *common law*⁶⁶, se extiende su utilización en las familias del *civil law* a través de la *teoría del daño desproporcionado*⁶⁷. Esta teoría ha tenido un amplio campo de aplicación en materia de responsabilidad civil médica, facilitando la prueba de la negligencia a la víctima cuando el daño aparece desproporcionado para el ries-

⁶¹ TARUFFO (2010) 255.

⁶² TARUFFO (2010) 105.

⁶³ CORBAL, Jesús (1993) “La adquisición procesal y la carga de la prueba”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 185.

⁶⁴ TARUFFO (2010) 265.

⁶⁵ C. Antofagasta, 1 de octubre de 2010, Rol N° 210-2010, MJJ24819. Así también: C. Concepción, 5 de octubre de 2010, Rol N° 295-2009, MJJ25013.

⁶⁶ Véase: EGGLESTON, Richard (2004) *Prova, conclusione probatoria e probabilità*. Milán: Giuffrè Editore, p. 161 a 168.

⁶⁷ CASTILLEJO, Raquel (2006) “La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica”. En: *La Ley*, N° 4, p. 1713. Siguiendo a la jurisprudencia española: LUNA, Álvaro (2004) *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Thomson Civitas, p. 175.

go normal de la actividad médica desarrollada. Utilizando estrictamente las reglas de la carga de la prueba la víctima-paciente tiene que probar que el profesional se apartó de su *lex artis*, y que, en definitiva, producto de su mala praxis el resultado no fue obtenido⁶⁸. Sin embargo, cuando aparece un daño que se aparta ostensiblemente de los riesgos o dificultades de la intervención respectiva se puede aplicar la teoría de la *in res ipsa loquitur*, que a grandes rasgos se resume en la idea de que “los hechos hablan por sí mismo”⁶⁹. Como indica Fernández “se presume la negligencia médica cuando, tratándose de una intervención sencilla, el daño provocado al paciente es tan desproporcionado que solo puede explicarse si se entiende que es resultado de una mala praxis⁷⁰”. En realidad las circunstancias y entidad del daño hacen que sea prácticamente imposible o muy difícil pensar que el victimario ha empleado la debida diligencia o cuidado⁷¹. El resultado dañoso, conforme a un acaecer o devenir normal de las cosas, solo es explicable y atribuible a la negligencia del demandado. Esta técnica también ha tenido una recepción en nuestra jurisprudencia⁷².

Como se puede observar esta clase de facilidad probatoria utiliza nuevamente la técnica de las presunciones judiciales. En los hechos, la aplicación de esta tesis funciona como un mecanismo de incentivo para que el médico asuma la carga de probar que su conducta observó las pautas de la *lex artis*, justificando que el daño tiene una causa distinta a la negligencia. De esta manera, pretende que el sujeto que posee la información y los medios de prueba disponibles asuma los riesgos de la falta o insuficiencia de la prueba. Se trata de una regla probatoria que ha tenido bastante acogida en nuestro derecho⁷³, pero que es necesaria estudiar para encontrar un conjunto de requisitos que la hagan epistémicamente válida como inferencia⁷⁴.

⁶⁸ Así al menos para el ámbito extracontractual: FERNÁNDEZ (2006) 153; ÁLVAREZ, Pedro (2007) *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Editorial Comares, pp. 78 y ss; CORBAL (1993) 217; CASTILLEJO (2006) 1713; LUNA (2004) 175.

⁶⁹ FERNÁNDEZ (2006) 153.

⁷⁰ FERNÁNDEZ (2006) 155.

⁷¹ GÓMEZ, Fernando (2001) “La carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *Indret* 1/2001, pp. 1-17. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf (fecha de visita 8 de septiembre de 2014), pp. 14-15.

⁷² Es el caso, por ejemplo, del fallo de la Corte Suprema, de 31 de julio de 2012, Rol N° 9140-2009, donde la Corte estimó que para determinación de la falta de servicio era suficiente la existencia de un cuerpo extraño en la pared abdominal un mes después de realizada una intervención quirúrgica.

⁷³ Véase: LARROUCAU, Jorge (2010) “Res ipsa loquitur: quien habla es el juez, no la cosa”. En Figueroa, Barros y Tapia (coordinadores): *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: LegalPublishing, pp. 493 y ss.

⁷⁴ Véase: DÍAZ-REGAÑÓN, Calixto (1996) *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Navarra: Aranzadi Editorial, p. 175.

4.2.3) Prueba *prima facie*

Otra forma bastante difundida de facilitar la carga probatoria de una de las partes es la prueba *prima facie*⁷⁵. Constituye una variante de la tesis anterior, que permite dar por establecido un hecho cuando las partes únicamente acreditan su *verosimilitud* o *apariencia*, no proporcionando pruebas completas y suficientes que demuestren realmente la existencia del hecho⁷⁶. Los medios de prueba agregados al proceso serán por lo general meramente circunstanciales, y permitirán efectuar confirmaciones periféricas pero no completas de la existencia del hecho⁷⁷. La información disponible en el proceso permite establecer indicios de menor valor como para derivar la existencia del hecho, esto es, no es suficiente para estimar probada la alegación⁷⁸. También se ha considerado verosímil a aquellos hechos que corresponde al *id quod plerumque accidit*⁷⁹. Por su parte, el otro litigante deberá demostrar que el hecho es en realidad diferente o contrario a lo que *prima facie* aparece con los medios de prueba aportados por la contraparte⁸⁰. De esta forma, la inversión de la carga de la prueba opera frente a la existencia de una apariencia o verosimilitud del hecho alegado, siempre y cuando esa apariencia no se encuentre desvirtuada con prueba en contrario⁸¹. En ocasiones la jurisprudencia ha recurrido al consenso implícito de las partes para estimar que un hecho está probado siempre que aparezca como verosímil⁸².

Este razonamiento probatorio ha sido fuertemente criticado por la doctrina⁸³. El problema de la decisión fundada en la verosimilitud del hecho es su baja calidad epistémica. Lo que aparece como normal puede no

⁷⁵ Al respecto, Véase: MICHELLI, Gian (2004) *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, p. 182, con ejemplos del derecho alemán e inglés, PATTI (1987) 169; DENTI, VITTORIO (1992) “L’ inversione dell’ onore della prova: rilieve introduttivi”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°3, p. 711; VALLEBONA (1992) 813.

⁷⁶ COMOGLIO (2004) 230; TARUFFO, Michele (2008) *La prueba*. Traducción de Manrique Laura, y Ferrer, Jordi, Madrid: Marcial Pons, p. 154; MONEREO, José Luis (1996) *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 33. Este último lo menciona como “principio de prueba”. Igual se conoce como “prueba de primera impresión”. Véase: DÍAZ-REGAÑÓN (1996) 183; LUNA (2004) 175.

⁷⁷ Véase: NIEVA, Jordi (2010) *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 226 y ss.

⁷⁸ Así, por ejemplo, ÁLVAREZ (2006) 78; DENTI (1992) 710. De lo contrario, ninguna novedad habría respecto de la prueba indiciaria. Así opinan: ORMAZÁBAL, Guillermo (2011) *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 63; ÁLVAREZ (2007) 78. DÍAZ-REGAÑÓN (1996) 183, opina que en realidad no hay diferencias con las presunciones judiciales.

⁷⁹ TARUFFO (2010) 105; CARRARA, Antonio (2003) “Prova e convincimento del giudice nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*. N°1, p. 44.

⁸⁰ TARUFFO (2008) 154.

⁸¹ Así, CORTÉS (1972) 626 y 633. En contra donde además parte de la doctrina ha señalado que no se genera una genuina inversión de la carga de la prueba. Véase: PATTI (1987) 173.

⁸² Así se puede leer en: C. Suprema, 16 de diciembre de 2008, Rol N° 7068-2007, MJJ19029.

⁸³ TARUFFO (2010) 106 y MICHELLI (2004) 182.

serlo en el caso concreto, y la falta de prueba en contrario no confirma la verdad del hecho. Una decisión que se base en la verosimilitud no puede considerarse justa, por cuanto llevan consigo un grado elevado de error en la determinación de los hechos⁸⁴.

4.2.4) Riesgo como criterio de asignación de la carga de la prueba

Una de las técnicas que goza de cierta difusión en Europa es la teoría del riesgo como criterio de reparto de la carga probatoria. Se trata de un criterio que busca morigerar las dificultades probatorias que enfrenta un sujeto cuando los hechos se producen en una esfera ajena al ámbito de conocimiento e influencia de la víctima. Para evitar una situación de indefensión que prive de tutela al derecho de la víctima se plantea “la conveniencia de trasladar a quien generó o tenía bajo su control el riesgo potencialmente productor del daño el riesgo derivado de la incerteza sobre la existencia de los hechos fundantes de la causalidad y de la culpa, es decir, dar lugar a una inversión del *onus probandi*, o, para ser más preciso, a una alteración de la regla ordinaria de distribución”⁸⁵. Ha sido principalmente la doctrina y jurisprudencia alemana la que ha tenido la oportunidad de desarrollar con mayor énfasis la teoría del riesgo como criterio de asignación de la carga de la prueba, sin perjuicio de que es una tesis objeto de numerosas e importantes críticas. En líneas generales puede decirse que esta tesis entiende que la prueba del hecho le corresponde al creador de la situación de riesgo, siempre que los hechos sucedan en su ámbito organizativo⁸⁶. Es evidente que se trata de un criterio que se acerca bastante a la facilidad o disponibilidad probatoria, pero asume un ámbito mucho más amplio. En efecto, el criterio del riesgo no mira al caso concreto respecto de la posibilidad concreta de aportar la prueba, sino que se remite a un concepto funcional y organizativo; aquel sujeto que organiza medios de producción para la obtención legítima de una ganancia, que posee toda la información necesaria en relación a esa organización y que conoce sus procesos, debe asumir la carga de probar la inexistencia de responsabilidad.

En este contexto la víctima deberá justificar que la actividad causante del daño proviene de un riesgo anormal, extraordinario o excepcional, y que por ende es posible presumir la culpa del agente⁸⁷. El riesgo como criterio asignador de la carga de la prueba ha sido expresamente recono-

⁸⁴ CARRARA (2003) 44.

⁸⁵ ORMAZÁBAL (2004) 26; CORBAL (1993) 202; PATTI (1987) 174; ESTEVE, José (1999) *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo en el Derecho Ambiental*. Barcelona: Ariel Derecho, p. 193 y DENTI (1992) 710.

⁸⁶ ORMAZÁBAL (2004) 26 y DENTI (1992) 710.

⁸⁷ ORMAZÁBAL (2004) 38.

cido por nuestra jurisprudencia a propósito de actividades consideradas peligrosas. Así, por ejemplo, la Corte Suprema estimó que “cabe entender de todas maneras que forma parte de la experiencia común que el uso del fuego como medio de limpieza de terrenos rústicos es una actividad extremadamente peligrosa (...) de acuerdo a la probabilidad normal, según aquella experiencia, un incendio producido por el fuego proveniente de un roce ha de considerarse culpable, salvo prueba de haberse empleado la debida diligencia⁸⁸”. Con todo, se trata de una técnica, que si bien puede justificarse en criterios de facilidad probatoria, busca establecer relaciones equitativas entre la víctima del daño y su causante⁸⁹, teniendo el peligro de su indefinición conceptual e indeterminación respecto de actividades que no se sabe plenamente si son o no riesgosas.

4.2.5) Valoración de la conducta de las partes

Hace bastante tiempo que la doctrina y algunos ordenamientos han comenzado a preocuparse de dar algún valor probatorio a la conducta de las partes en el proceso civil. Nuestro derecho procesal, sin embargo, está en pañales. El vetusto Código de Procedimiento Civil no consagra que con carácter general permita al juez valorar la conducta procesal de las partes. No obstante, existen algunas disposiciones en que el legislador ha efectuado esa valoración. Es el caso de la confesión judicial donde la incomparecencia de la parte citada a prestarla en segunda oportunidad es tenida como reconocimiento de los hechos categóricamente afirmados en el pliego de posiciones (Art. 394 CPC). O el caso del Art. 313 CPC que considera como aceptación de los hechos la no contradicción sustancial y pertinente de los hechos contenidos de la demanda. En materia de familia, la negativa injustificada a someterse al examen biológico de ADN permite al juez presumir la paternidad, valorando la conducta que el demandado mantiene frente a la práctica de la prueba pericial⁹⁰.

En varios sistemas comparados, en cambio, la conducta que puedan desarrollar las partes en el proceso es considerada una fuente de prueba,

⁸⁸ C. Suprema, 28 de diciembre de 2010, Rol N°7965 MJJ25846. En idéntico sentido: C. Concepción, 23 de julio de 1993, R.D.J, t. LXXIV, sec. 4ª, p. 281.

⁸⁹ ESTEVE (1999) 195.

⁹⁰ Particularmente gráfica en relación a este argumento fue la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 9 de agosto de 2013, Rol N° 17-2013, al indicar expresamente: “que del análisis del artículo 199 del Código Civil, queda de manifiesto que actualmente el legislador contempla la negativa injustificada de las partes a practicarse el peritaje de rigor como una sanción, a quien con su actitud reticente revela una conducta contraria al esclarecimiento de la verdad, por lo que solo basta que la situación de hecho prevista en la norma concurra, cuyo es el caso de autos, para que dicha presunción opere sin mayores exigencias, ya que de lo contrario, atendido lo difícil que resulta la prueba de la paternidad, se estaría favoreciendo al litigante que obra de mala fe, lo que no se condice en ningún caso con el tenor literal de la citada disposición legal, ni con la intención que el legislador tuvo al modificar su redacción”.

pero con un grado de validez epistémica menor que el resto de los medios probatorios⁹¹. Ello porque esa conducta únicamente puede servir para reafirmar o corroborar la existencia de un hecho que ha sido medianamente establecido por otros medios probatorios. Sin embargo, aún sigue siendo discutida en el derecho comparado el real valor probatorio que se le puede asignar a la actuación endo o extraprocesal de las partes.

Un ámbito en que la conducta de las partes puede resultar particularmente útil es en la frustración de la prueba. Se trata de casos en que “un litigante, dolosa o negligentemente, destruye, inutiliza, impide o, de cualquier modo, frustra pruebas que la parte contraria necesitaba para hacer prosperar sus pretensiones”⁹². En el derecho chileno no existe disposición que sancione esta clase de conductas. En materia de exhibición de documentos, la solución propuesta por el legislador nacional en el CPC para la negativa injustificada es particularmente parca, en la medida que no permite derivar consecuencias relacionadas con la prueba del hecho. No obstante, las hipótesis de frustración de pruebas ocasionadas por un litigante o de un tercero que se relaciona o depende de uno de los litigantes, según parte de la doctrina, podría perfectamente ser valorada utilizando inferencias probatorias⁹³. La conexión de estos dos hechos se realiza utilizando una máxima de experiencia: “es razonable concluir que, quien se niega o impide el esclarecimiento de unos hechos, lo hace para ponerse a salvo de un perjuicio, en nuestro caso, de las consecuencias jurídicas adversas que le puede acarrear la fijación como ciertos de los hechos en cuestión”⁹⁴. Hay, evidentemente, profundas razones de justicia: “si un litigante impide que el otro levante su carga probatoria, los perjuicios derivados del no esclarecimientos de los hechos no pueden hacerse repercutir en la parte gravada con aquella carga”⁹⁵. Por eso resulta razonable dar por verdadero (o no existente) un hecho cuando los medios de prueba que pueden acreditarlo no son colocados a disposición del tribunal habiéndose así requerido.

⁹¹ CARRARA (2003) 57; RICCI, Gian (1988) “Prove e argomenti di prova”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. XLII, pp. 1036 ss; RUFFINI, Giuseppe. (2004) “Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°58, p. 1329 y ss; CONTE, Mario. *La prove civile*. Milán: Giuffrè Editore, p. 7.

⁹² ORMAZÁBAL (2004) 54.

⁹³ RUFFINI (2004) 1346; BARBOSA, Juan (2003) “La negativa de la parte a someterse a una pericia médica”. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Ns° 1-3, p. 14.

⁹⁴ ORMAZÁBAL (2004) 55.

⁹⁵ ORMAZÁBAL (2004) 59 y RUFFINI (2004) 1347. La jurisprudencia también ha sancionado la falta de cooperación en el ámbito de la aportación de la prueba, valorando la conducta del sujeto que no proporciona la prueba que está a su disposición. Así, en Corte de Apelaciones de Concepción, de 8 de septiembre de 2010, Rol N° 2030-2009, donde valora concretamente la falta de cooperación del Hospital Naval en proporcionar los antecedentes y nombres de las personas que atendieron a la actora.

Las críticas a esta forma de proceder han sido importantes. Por un lado, se ha cuestionado la máxima de la experiencia utilizada, puesto que se trata de una máxima espuria que carece de confirmación empírica o científica⁹⁶ y que tiene aplicación en la sentencia definitiva sin previa advertencia a las partes⁹⁷. También se ha puesto en duda la validez de la inferencia⁹⁸. En síntesis, a menos que se considere legislativamente una carga de *disclosure* general debidamente sancionada como en otros ordenamientos⁹⁹ la negativa de exhibición documental o de aportación de pruebas en general seguirá siendo un tópico entregado a la valoración racional del juez, con todas las dificultades que ello produce.

4.2.6) Facilidad y disponibilidad de la prueba como criterio de asignación de la carga de la prueba

Los ordenamientos jurídicos, por regla general, se hacen cargo de los casos en que la prueba no está en disposición de la parte que tiene la carga de probar un hecho. Una de las fórmulas utilizadas para hacer frente a esas situaciones es introduciendo dos criterios de asignación de la carga de la prueba: la *disponibilidad* y la *facilidad probatoria*, también conocidas en las latitudes latinoamericanas como *cargas dinámicas de la prueba*. La discusión acerca de estos criterios data de bastante tiempo en el Derecho Comparado. Primero en Italia a través de las denominadas *presunciones jurisprudenciales*, y luego en España donde criterios jurisprudencialmente se aceptó a facilidad y disponibilidad probatoria como criterios de asignación de cargas. En ambos sistemas la principal crítica se ha centrado en la carencia de habilitación legal que permita a los jueces introducir modificaciones a la asignación inicial que hace el legislador a la carga de la prueba, operando en el plano práctico como institutos de modificación o inversión de la carga probatoria¹⁰⁰. En los sistemas del *common law*, por el contrario, no se han suscitado mayores discusiones desde que siempre se le ha reconocido a los jueces un poder discrecional para fijar la *burden of proof*.

En Chile estos criterios de asignación de la carga de la prueba eran prácticamente desconocidos. Con la reforma que pretende el Proyecto de Código Procesal Civil, la posibilidad de introducirlos comienza a generar encontradas y entonadas discusiones. El problema central consiste en de-

⁹⁶ TARUFFO, Michele (2009b) *Páginas sobre la justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo. Madrid: Marcial Pons, p. 444.

⁹⁷ BARBOSA (2003) 15.

⁹⁸ NIEVA, Jordi (2013) *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, p. 47.

⁹⁹ Véase: HOLLANDER, Charles (2004) "Documentary disclosure: lessons from the English experience". *The Future of Transnational civil litigations*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, p. 151 y ss.

¹⁰⁰ Véase: por todos, LUNA (2004) 311.

finir cómo regular los casos en que una de las partes carece de los medios probatorios para probar un hecho que se encuentra en poder de la contraparte. Las posiciones que se postulan en la doctrina son dos: permitimos al juez modificar el criterio legal de asignación de la carga de la prueba, esto es, el juez puede asignar el *onus probandi* a una parte distinta de la que aplicando las reglas legales le correspondía probar; o bien, lo autorizamos para construir una inferencia probatoria a partir de la ausencia de aportación de la prueba de la parte que tenía los medios disponibles¹⁰¹.

Pero ¿en qué consiste asignar la carga de la prueba mediante los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria? El primer punto que se debe clarificar es que en muchas ocasiones el legislador asigna expresamente la carga de probar un hecho considerando estos criterios. Estos casos no reportan ningún problema desde que el ciudadano sabe con antelación los hechos que deberá probar para triunfar en su pretensión o resistencia. Sucede, sin embargo, que este mecanismo de facilitación probatoria está pensado para ser utilizado discrecionalmente por el juez, ya sea en el momento de la sentencia definitiva o en un instante procesal anterior.

Puede afirmarse que tanto la facilidad como la disponibilidad probatoria consideran que una de las partes tiene un mejor acceso a las fuentes de prueba¹⁰². Sin embargo, el principio de *facilidad probatoria* se aplica cuando los *hechos* presentan por su especial naturaleza una dificultad en su prueba por quien tiene la carga de hacerlo –le es difícil pero no imposible su prueba– y, en cambio, le resulta mucho más fácil a la contraparte la acreditación del hecho¹⁰³. Se englobarían, bajo este principio, los casos en que para una de las partes es más fácil, rápido, fiable, más segura o menos costosa la adquisición y aportación de una prueba¹⁰⁴. Lo relevante es que la dificultad en la prueba provenga de la especial naturaleza de los hechos y de la posición que la parte gravada con la prueba ocupa respecto de ellos. La facilidad probatoria acerca la carga de la prueba a quien está en mejores condiciones de probar un hecho.

Por su parte, el criterio de la *disponibilidad probatoria* tiene aplicación cuando una de las partes se encuentra en una situación de cercanía, acceso o contacto con la fuente o medio de prueba para acreditar un hecho, lo cual le permite su aportación al proceso sin mayores problemas.

¹⁰¹ PEREIRA, Silvia (2013) *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters, p. 36. Para algunos únicamente la presunción: PATTI (1987) 46.

¹⁰² FERNÁNDEZ (2006)146; GONZÁLEZ, Piedad (2007) “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”. En: *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 54; ORMAZÁBAL (2004) 21; CORBAL (1993) 208 y ss. Recomiendo ver, por lo elocuente y las citas jurisprudenciales: PELAYO, Ángel (2009) *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Editorial Comares, pp. 63 y ss.

¹⁰³ GONZÁLEZ (2007) 55; FERNÁNDEZ (2006) 146; ESTEVE (1999) 193.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ (2007) 55; FERNÁNDEZ (2006) 147.

Puede ser una facilidad material (un documento) o intelectual (conocimiento de algún dato)¹⁰⁵. El criterio de disponibilidad encuentra absoluta aplicación cuando se trata de instrumentos en poder de la parte no gravada con la carga.

La jurisprudencia en más de alguna oportunidad ha utilizado soterradamente la inversión de la carga de la prueba cuando la parte que tenía a disposición un medio de prueba idóneo no lo aportó al proceso. Así se hizo, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 29 de marzo de 1994, que resolvió en contra de una institución bancaria por no proporcionar información que solo ella poseía y que demostraría la procedencia e improcedencia de la excepción opuesta¹⁰⁶. La Corte Suprema, no obstante, ha rechazado la aplicación de la inversión de la carga de la prueba cuando el actor no ha solicitado la exhibición del respectivo documento, esto es, cuando no agotó los medios disponibles para procurarse la prueba¹⁰⁷.

En síntesis, la aplicación de estos criterios en el reparto de la carga probatoria ha sido apenas explorada en nuestro país y recién comienza a generar importantes discusiones al hilo de la reforma del proceso civil¹⁰⁸. Constituye un mecanismo que tiene que ser profundamente estudiado en la medida que puede llegar a producir efectos perversos respecto del que asume, en el proceso mismo, la carga de probar un hecho que, fuera de él, no tenía.

5) VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS SOLUCIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES A LA LUZ DE LA CALIDAD EPISTÉMICA DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Los abogados y jueces que trabajan diariamente con el proceso judicial son escépticos a las concepciones epistemológicas de la prueba. Aun así no quepa duda que los jueces, al igual que los científicos, necesitan saber qué ocurrió en el pasado para tomar sus decisiones. En la medida que la reconstrucción del hecho que sirve para la aplicación de la norma jurídica se ajuste a ciertas pautas que permitan arribar a resultados probatorios con un alto grado de probabilidad, las decisiones judiciales serán más

¹⁰⁵ Véase: GONZÁLEZ (2007) 55; CASTILLEJO (2006) 1713; FERNÁNDEZ (2006) 158; MONTERO (2005) 136; NIEVA (2013) 46.

¹⁰⁶ C. Santiago, 29 de marzo de 1994, MJCH_MJJ1887.

¹⁰⁷ C. Suprema, 20 de enero de 2011, Rol N°6249-2010. Queda la duda de cuál habría sido el argumento utilizado por la Corte en el supuesto de que el litigante haya solicitado la exhibición del documento y ésta no se hubiese logrado.

¹⁰⁸ CORRAL (2012) 107 ss.

justas. Por ello, mientras *menor sea el margen de error* de una sentencia en el establecimiento de los hechos mayor será la justicia de la decisión.

Es posible formular algunas críticas comunes a las técnicas de facilitación probatoria utilizadas por la doctrina y jurisprudencia. Estos mecanismos son, en buenas cuentas, fórmulas que siendo aceptadas por la comunidad jurídica ayudan a construir y lograr la aceptabilidad de las historias judiciales, permitiendo conectar la información disponible con los postulados fácticos. Seguramente, también, recurrir a este cuerpo de prácticas y razonamientos es la mejor herramienta a la que la jurisprudencia puede echar mano para no encarecer en demasía la determinación de los hechos. Sin embargo, tal como se están aplicando no permiten garantizar adecuadamente un grado satisfactorio de acierto en la decisión judicial.

Las críticas pueden agruparse en tres sectores: (5.1) las de orden político sustantivo, relacionadas con el rol del juez en el marco de un proceso judicial que exige al tribunal prescindir de valoraciones de política del derecho al momento de emitir un juicio fáctico; (5.2) en un segundo grupo están las que se refieren a la calidad epistémica de las máximas experiencias utilizadas para construir las inferencias, o para distribuir cargas probatorias; y por último, (5.3) las que se enmarcan en el respeto al derecho de defensa y la seguridad jurídica en la utilización de las técnicas facilitadoras.

5.1) CRÍTICAS DE POLÍTICA DEL DERECHO

Llama poderosamente la atención que las técnicas de facilitación probatoria utilizadas por los tribunales de justicia o propuestas por la doctrina sean similares a las que utiliza el legislador, pero ancladas en un lenguaje que se pretende más descriptivo, esto es, tiene una pretensión de describir cómo suceden las cosas más que determinar cómo deberían suceder. Esto puede deberse a un déficit regulativo, que ciertamente lo hay, desde que el legislador no cubre todas las posibles hipótesis que requieren de facilitación probatoria. Sin embargo, si la facilitación probatoria proviene de normas jurídicas que suponen acuerdos de naturaleza política sustantiva destinadas a facilitar el ejercicio de cierta categoría de derechos, parece cuestionable que estas herramientas –cuyo efecto práctico es el mismo como si estuvieran consagradas legislativamente– emanen de discernimientos judiciales. Una presunción aparente o verdad interina no tiene nada de distinto a la utilización de un criterio de normalidad en la asignación de la carga de la prueba; una presunción judicial a partir de la prueba *prima facie* o la *in re ipsa loquitur* tampoco presenta sustanciales diferencias respecto del establecimiento de presunciones legales. Quizá el ejemplo más paradigmático sea la lectura que actualmente se hace del Art. 2329 del Código Civil, que se dice encierra una presunción por el hecho

propio fundada en la *in re ipsa loquitur*, mismo criterio inferencial que se utiliza en los casos judiciales¹⁰⁹.

Desde esta perspectiva todo parece indicar que cuando se utilizan estas técnicas y se construyen las inferencias probatorias, el juez asume una postura que no se relaciona tanto con la dificultad intrínseca de probar un dato fáctico, sino más bien con una determinada posición subjetiva acerca de la naturaleza del conflicto. En buenas cuentas lo que hace el juez es facilitar la prueba a la parte que aprecia más desvalida, con menor conocimiento en relación a los hechos, o bien, mediante una apreciación puramente subjetiva del caso, favorece a la que entiende debe resultar vencedora. Prueba de lo anterior es que muchas de estas herramientas han nacido en el contexto de procesos judiciales donde subyace una relación desigual: paciente-médico; consumidor-empresario; trabajador-empendedor, entre otros; como también en sectores donde se trata de favorecer el ejercicio de determinados derechos como en la legislación antidiscriminación con la ley 20.609.

Esto, sin embargo, parece inevitable en el contexto de descubrimiento de la decisión judicial, pero no así en el de la justificación. Si bien pueden subyacer razones de política del derecho, estas deberían encontrar plena justificación en la información disponible para tomar la decisión. De ahí lo importante, como se dirá más adelante, se establecer un control férreo en el establecimiento de los hechos por medio de la exigencia de motivación de estas herramientas del razonamiento probatorio.

5.2) CRÍTICAS EN RELACIÓN A LA CALIDAD EPISTÉMICA DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA UTILIZADAS

En distintos grados y formas los razonamientos probatorios utilizados por la jurisprudencia y doctrina para la solución de los casos de difícil prueba se sustentan en las denominadas *máximas de la experiencia*¹¹⁰. La forma en que operan estas máximas es doble: por una parte, se utilizan de enlace entre el conjunto de información que arroja la prueba disponible y los hechos que constituyen la pretensión probatoria. La máxima permite relacionar ambas informaciones, ya sea directamente siendo argumento para aumentar y disminuir el grado de credibilidad de la prueba, o indirectamente sirviendo de enlace entre dos eventos. En este último caso opera como inducción ampliativa que permite lograr siempre conclusiones probables y nunca certeras, por lo que siempre existirá la posibilidad de que la decisión judicial sea errada.

¹⁰⁹ Así lee también en C. Santiago, 7 de septiembre de 2000, MJCH_MJJ3616.

¹¹⁰ Sobre máximas véase: TARUFFO (2009b) 665 y ss.

En otras ocasiones estas máximas dispensan a una de las partes de la prueba de un hecho, trasladando la carga a la parte que en principio nada tenía que probar. En la medida que un determinado enunciado fáctico se correlaciona con algún acontecimiento que aparece revestido de algún grado de sentido natural o común pasa a estar exento de actividad probatoria. Aquí la máxima no es utilizada para la construcción de un razonamiento probatorio sino como criterio de exención y modificación de la carga de la prueba.

Si bien la utilización de las máximas resulta inevitable y esencial para el razonamiento probatorio, no han estado exentas de críticas desde que en ocasiones se emplean de manera inadecuada o con puros fines pragmáticos¹¹¹. Sin embargo, más allá de las críticas generales que puedan formularse (y que seguramente son plenamente aplicables a los casos que se están examinando), lo que cabe es preguntarse por los problemas que presentan las máximas de la experiencia que se utilizan para resolver los casos de dificultad probatoria.

A mi juicio son varios los inconvenientes que suscitan la utilización de estas máximas y que pueden ser medidos en relación a la necesidad de aminorar las posibilidades de error de una sentencia judicial. El primero es que se trata de máximas que permiten dar un valor explicativo a cierta información disponible en el proceso¹¹² pero que no logran necesariamente un grado elevado o suficiente de probabilidad del enunciado fáctico que se pretende probar. Así, es posible justificar (explicar) que el sujeto que hace una fogata realiza una actividad riesgosa, pero de ello no se sigue necesariamente que si se produjo un daño esto se deba a su negligencia. Otra cosa, por cierto, es que el legislador pueda dictar una norma que haga responsables a los que prenden fogatas, como una forma de desincentivar esa actividad y brindar mecanismos de facilitación probatoria.

El segundo inconveniente que enfrentan es que operan con una *finalidad eminentemente práctica* pero no epistémica. Siguiendo a González¹¹³ una inferencia probatoria puede tener dos finalidades, esto es, el objeto que ese enlace pretende satisfacer: por una parte, puede tener una finalidad epistémica, en la cual se intenta que la inferencia pueda acercarse lo mayor posible a la verdad de los hechos que se infieren; y por otro, una finalidad práctica que busca auxiliar al juez en la toma de decisión de un

¹¹¹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, Williams (2005) *Analysis of Evidence*, London: Cambridge University Press, p. 276; TARUFFO (2009b) 665 y ss y MANNARINO, Nicola (2007) *La prova nel processo*. Milán: Cedam, pp. 158 y ss.

¹¹² TWINING, Williams (2007) "Argumentation, stories and generalizations: a comment". En: *Law, Probability and Risk*. N°6, p. 180.

¹¹³ GONZÁLEZ, Daniel. Apuntes sobre Prueba y Argumentación jurídica. Disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/libros_argumentacion/Lagier_apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf, pp. 1-35 (visitado el 8 de septiembre de 2014), pp. 19 y 20.

hecho. En este último caso la solidez del argumento inductivo que utilizan sea baja. Como estas máximas descansan en finalidades pragmáticas y no epistémicas, suelen estar cargadas de conocimientos que se estiman comunes o propios de la experiencia humana cuando en realidad se trata de prejuicios del juzgador, de vivencias individuales que son generalizadas como si se fuesen de aplicación universal, y cuya concreción en el caso concreto no es posible justificar a la luz de la información disponible¹¹⁴. Esto además produce un peligroso *sesgo cognoscitivo*, desde que el operador prácticamente bloquea la posibilidad de que el acontecimiento se aparte de lo que considera una experiencia individual consolidada, produciendo una creencia que aventaja a cualquier hipótesis antagonista que se apoye en experiencias menos frecuentes¹¹⁵.

Por otro lado, y en tercer lugar, no es correcto entender que las máximas de la experiencia puedan utilizarse para exonerar de prueba a un hecho como tampoco deberían operar para brindar verosimilitud a una alegación fáctica. En realidad las máximas son *métodos para la determinación* de la existencia de un hecho o de su verosimilitud pero en ninguna caso pueden reemplazar el juicio que se formule al efecto¹¹⁶. A través de ellas se construye la verdad de un hecho o su verosimilitud, pero no constituye la verdad misma. Es así como operan en la jurisprudencia nacional.

Otro problema que se observa en la jurisprudencia es la *falta de explicitación* de las máximas de la experiencia utilizadas¹¹⁷. Hay muchas máximas que se utilizan implícitamente, sin verbalizar su existencia ni contenido, permaneciendo ocultas en el relato de la sentencia. Esto coloca en jaque la necesidad de hacer pública toda la información sobre la que se basa el juicio de hecho, haciendo explícitas las máximas utilizadas en la elaboración del juicio fáctico¹¹⁸. Esta publicidad constituye además la

¹¹⁴ ANDERSON/SCHUM/TWINING (2005) 279. Ya lo advertía David Hume cuando indicaba que el ser humano al “estar determinado por costumbre a trasladar el pasado al futuro en todas nuestras inferencias, cuando el pasado ha sido absolutamente regular y uniforme, esperamos el acontecimiento con la máxima seguridad y no dejamos lugar alguno para la suposición contraria”. HUME, David (1980) *Investigación sobre el conocimiento humano*. Traducción de Jaime de Salas Ortueta. Madrid: Alianza Editorial, pp. 81 y 82. Esto se relaciona sin duda con la función que cumplen las historias en el discurso judicial. Una historia bien construida, completa, sin contradicción y con la indicación de datos relevantes, permite explicar y entender los hechos del caso como si fuesen verdaderos sin recurrir a una confirmación adicional. Véase: TWINING (2007) 177.

¹¹⁵ IACOBONI, Alessandro (2006) *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milan: Giuffrè Editore, pp. 143 a 145.

¹¹⁶ IACOBONI (2006) 145.

¹¹⁷ ANDERSON/SCHUM/TWINING (2005) 276.

¹¹⁸ GARBOLINO, Paolo (1999) *La logica del probabile e la prova giuridica. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura. La prova nel processo civile*. Vol. 1, p. 454.

forma de controlar que el juez no emplee en el razonamiento probatorio opiniones que resultan difícilmente compartidas¹¹⁹.

Por otra parte, si bien es cierto puede estimarse que recurrir a estas prácticas del razonamiento probatorio es un ejercicio válido, se han criticado en la doctrina porque el juez ha operado supliendo las deficiencias probatorias de las partes, acudiendo a generalizaciones poco prestigiosas, discutibles y con déficit de razonamiento¹²⁰. Como indica la doctrina¹²¹ no siempre es posible ni sugerible recurrir a generalizaciones prestigiosas¹²², pero las que actualmente se utilizan por la jurisprudencia carecen muchas veces de toda confiabilidad empírica desde que a través de ellas es posible construir conclusiones probatorias contradictorias.

Pero quizá la crítica más importante pueda hacerse a los casos en que estas máximas operan como mecanismos de exención probatoria, trasladando la carga de la prueba. Una regla de la experiencia es válida y útil en la medida que nos permite comprender y valorar la información disponible en un juicio. Esa validez, sin embargo, no es predicable cuando la máxima viene a suplir la falta de información disponible.

¹¹⁹ GARBOLINO (1999) 454 y 455. Un claro ejemplo, de máxima de la experiencia implícita, que se contiene oculta en el relato judicial es la contenida en la sentencia de la Corte de Antofagasta, de 10 de agosto de 2010, Rol N° 96-2010: “De los antecedentes de la causa existe una certificación médica en donde el paciente refiere una lesión, esta está comprobada, no solo del punto de vista lógico sino sobre la base de los hechos evidentes, pues de lo contrario el paramédico o cualquier persona que atiende y certifica, habría desestimado el relato del trabajador en orden a haber sufrido efectivamente una lesión. En este caso, si el paramédico expresa la referencia y nada señala sobre su inexistencia, es porque efectivamente la lesión existe y por lo mismo también el accidente laboral; lo que trae como consecuencia que la sentencia ha incurrido en la causal de la letra b) del artículo 478 del Código del Trabajo, porque se infringió el principio lógico básico que emana de una certificación de un funcionario paramédico y que influye en lo dispositivo del fallo, en la medida que este puro documento demuestra el accidente laboral”. El fallo, no obstante, acoge el recurso de nulidad por infracción a los principios de la lógica, sin que se haya explicitado la máxima de la experiencia utilizada.

¹²⁰ DAMIAN (2007) 18.

¹²¹ COLOMA, Rodrigo (2011) “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”. En Arena, Federico, Brunet, Pierre (coordinadores): *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 92.

¹²² Esto lo grafica muy bien Bayon, y constituye un argumento poderoso para afirmar la validez de los razonamientos jurisprudenciales. Toda minimización del error en el proceso judicial conlleva un costo, o sea, la determinación de la verdad más probable es “probablemente” más cara para el sujeto que recurre al tribunal y para el Estado. Recurrir a este cuerpo de saberes corrientes es la alternativa más barata. El problema, por lo mismo, es de naturaleza moral o político en cuanto resuelve hasta cuánto estamos dispuestos a sacrificar la verdad con tal no incurrir en grandes costos, y viceversa. Véase, BAYON, Juan Carlos (2008). *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, pp. 1-21. Disponible en <http://www.udg.edu/areas/FilosofiaDelDret/Noticies/tabid/10083/p/10469/language/es-ES/Default.aspx> (fecha de visita 8 de septiembre de 2014), p. 7.

5.3) CRÍTICAS EN RELACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Una de las críticas poco observadas en la doctrina, pero igual de relevante en el empleo de estas herramientas probatorias, es que en ocasiones suelen dejar a las partes en una completa o parcial indefensión. Esta indefensión puede ocasionarse de diversa forma. En efecto, tratándose de la modificación judicial de la carga de la prueba mediante los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria una de las partes se verá sorprendida con la decisión del juez de colocar a su cargo la tarea la probar un hecho que en principio no lo tenía. En un proceso oral y público, sujeto a rígidas preclusiones en la propuesta de la prueba, tal exigencia deja en la indefensión a la parte que debe asumir una actividad probatoria que antes del juicio era inexistente¹²³. Por eso se estima que cualquier modificación a la carga de la prueba que efectúe el juez ya en el desarrollo del proceso puede lesionar el derecho de defensa.

También puede existir una eventual infracción al derecho de defensa cuando se construye una determinada inferencia probatoria sin justificación de las máximas utilizadas y sin que estas se hagan explícitas, sorprendiendo a las partes en el momento de la sentencia definitiva¹²⁴. Hay una tendencia natural de pasar lógicamente de los hechos probados o indicios a los hechos inferidos sin indicación de la máxima utilizada ni de su fundamento empírico. Esto imposibilita que las partes puedan formular hipótesis coherentes y explicativas de esos indicios, pudiendo guiar al juez en forma previa a la decisión sobre los hechos. Por eso la doctrina se ha preocupado y criticado la pasividad con que suele enfrentarse el contradictorio respecto del juicio de hecho comparándolo con el juicio jurídico, donde el juez tendría prohibida la resolución en “tercera vía” sin que se someta al escrutinio de las partes¹²⁵.

Con todo, para evitar esa posible infracción al derecho de defensa resulta preciso que se identifique como objeto de prueba los denominados hechos secundarios, esto es, aquellos que no forman parte de la hipótesis

¹²³ El Proyecto de Código Procesal Civil intenta resolver esta cuestión estableciendo un momento procesal para que el juez informe a las partes acerca de la modificación de la carga de la prueba, de manera de evitar situaciones de indefensión. La solución propuesta es que el juez al momento de la audiencia preliminar advierta a las partes que determinado hecho deberá ser probado por una de las partes, que, aplicando las reglas generales, no tenía que probarlo. Esta solución no deja de ser cuestionable, puesto que el sujeto gravado con la carga deberá ofrecer la prueba en el mismo acto, sin posibilidad de buscar las fuentes de prueba y seleccionar los medios adecuados. Por eso tienen mucha razón las críticas de la doctrina: PALOMO (2013) 458 y CORRAL (2012) 115-116.

¹²⁴ PASTOR (2003) 161 y VERDE, Giovanni (1999) *La prova nel processo civile. Profili di teoria generale. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura. La prova nel processo civile*. Vol. 1, p. 27.

¹²⁵ VERDE (1999) 28.

normativa fáctica pero que sirven para realizar inferencias probatorias acerca de la existencia de estas. En la medida que estos datos sean incluidos en el objeto de la prueba, que se concreta generalmente por medio de una resolución judicial, se permitirá identificar los indicios a partir de los cuales se construyen las inferencias establecidas por el juez en la sentencia definitiva.

6) PROPUESTA DE UN MODELO DE CÓMO ENFRENTAR LOS CASOS DE DIFICULTAD PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL

Si lo dicho hasta el momento es efectivo, entonces el problema para el razonamiento probatorio es definir cuál de las herramientas probatorias o estrategias es la mejor para minimizar el riesgo de error en la prueba de esos hechos. Si nos interesa legitimar las decisiones judiciales en tanto se acercan a la verdad, entonces debiéramos preocuparnos de que la sentencia no tenga errores epistemológicos significativos que la aparten muy considerablemente de esa verdad.

Para ello quiero proponer una serie de ideas o parámetros que nos debieran permitir minimizar los posibles errores en la adjudicación sobre los hechos.

6.1) VALORACIÓN DE LA MAL DENOMINADA “PRUEBA INDIRECTA”

Dado el contexto en el que se desarrolla el fenómeno probatorio en los hechos de difícil prueba, no resulta apropiado requerir siempre una confirmación directa. Si bien se encuentra desterrada la distinción entre prueba directa e indirecta como fenómenos probatorios disímiles¹²⁶, tampoco cabe desecharla para estos efectos, cuando lo que se requiere es auxiliar al juez para que su decisión sea lo más racional. Esto quiere decir que la información que se logrará obtener en el proceso requerirá de una serie de pasos inferenciales que permitan llegar a la decisión final acerca de la existencia de un hecho. Estos pasos inferenciales, en la medida que descansen en criterios sólidos, debieran ser suficientes para que los jueces puedan reconstruir los hechos.

Por ello bien vale poner de relieve algunos aspectos importantes en relación a las inferencias probatorias para quien tiene la función de adjudicar el establecimiento de un hecho difícil: en primer lugar, es esperable que en la prueba de los hechos difíciles, la determinación del hecho base con el que se construye la inferencia probatoria no tenga un alto grado

¹²⁶ GONZÁLEZ (2005) 99 y BACH, Roser, et al. (2010) 99 *cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 639.

de fiabilidad, como los que nos puede brindar la observación directa del juez o alguna conclusión científica¹²⁷. Empero ello no obsta a que el juez pueda, de igual forma, construir una inferencia probatoria. Es esperable que nuestros tribunales intenten compensar la aparente debilidad de la prueba indiciaria exigiendo una prueba directa del hecho base. Pero ello no debe llevarse a descartar de entrada la prueba indirecta como forma de establecer el hecho base. Esto deberá ser definido por el juez en cada caso concreto, dando cuenta del razonamiento inferencial que permite establecer el hecho¹²⁸.

En segundo lugar, si bien el hecho indicio no es necesario que quede definido con prueba directa, estos deben ser siempre *suficientes* para formular la inferencia probatoria. Y aquí donde existe una estrecha vinculación con la fiabilidad de los hechos bases, que genera un espacio para que el juez pueda enfrentar la prueba de los hechos difíciles. Se dice que “cuantos más hechos apunten en dirección a la hipótesis que queremos probar, más seguridad tendremos acerca de su corrección. Sin embargo, este criterio debe ser matizado, porque un solo hecho probatorio pero con un alto grado de fiabilidad puede tener un peso mayor que varios hechos probatorios de escasa fiabilidad”¹²⁹. Tratándose de la prueba de un hecho difícil el juez deberá establecer una combinación equilibrada en el cumplimiento entre ambos requisitos, de manera que frente a casos de pruebas fiables y completas del hecho indicio pueda estimar que uno solo es suficiente para establecer el hecho. No es necesario, por lo tanto, que la prueba se logre con múltiples o variados indicios.

En este contexto cobra absoluta relevancia la forma en que la prueba se produce en juicio, y como lo veremos más adelante, la valoración del contexto probatorio. Lo primero está relacionado con la idea de que el material de información que se introduce para determinar el indicio haya

¹²⁷ GONZÁLEZ (2005) 82. Esta conclusión no es compartida. Algunos autores RIVERA (2011) 220, que estiman que el hecho base debe ser acreditado directamente, e incluso que debería tener una existencia material y real.

¹²⁸ GASCÓN, Marina (2012) *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, p. 54. Pueden verse las razones que esgrime la autora para entender que entre la prueba indirecta y la directa solo existe una diferencia de grado pero no de validez. Los grados dependerán del número de pasos necesarios para conectar la información que arrojan los medios de prueba disponibles y las hipótesis de hecho.

¹²⁹ GONZÁLEZ (2005) 82. En este sentido llama a confusión las fórmulas legislativas comúnmente utilizadas que exigen multiplicidad concordancia y conexión de las pruebas, pues parecen dar a entender que siempre será necesaria la existencia de varios elementos de convicción. Sin embargo, en algunas sentencias, como las de la C. Suprema, 2 de julio de 2008, Rol N° 1652-2007 y 19 de agosto de 2008 Rol N° 1979-2008, se puede observar cómo un solo indicio puede estimarse suficiente cuando genera una fuerza de persuasión en el juez capaz de estimar la existencia del hecho. En el primer caso se trata de la sustitución del régimen conyugal y su posterior liquidación, y en el segundo, el no constar de qué manera y por qué vía se había efectuado el pago material de un precio, cuyo pago aparecía afirmado en la escritura pública.

sido producido en un contradictorio pleno. La observación del contradictorio entre los litigantes permite que la información disponible haya sido sometida a filtros que vayan depurando su sentido y alcance, colocando de relieve sus ventajas y desventajas para la prueba de un hecho. La información así alcanzada, aunque arroje niveles bajos de respaldo, se estima que constituye la mejor disponible en el contexto probatorio.

6.2) UTILIZACIÓN DE INDICIOS TIPO PARA CADA HECHO DE DIFÍCIL PRUEBA

Si es cierto que “tanto en la ciencia como en el derecho hay ciertos criterios que establecen que ha de considerarse como prueba para la verdad de un enunciado empírico”¹³⁰ no veo inconveniente utilizar en la prueba judicial aquel conjunto categorizado de hechos típicos de los casos de difícil prueba como una forma de ayudar al juez en la tarea del establecimiento de los hechos. Estos indicios representan un cierto consenso de la comunidad jurídica, similar al que puede existir, por ejemplo, entre la ciencia médica respecto de los síntomas de una enfermedad, y serían los que permiten al juez determinar la verdad de un enunciado fáctico. Es una realidad que en el ámbito de los hechos los abogados no contamos con un cuerpo compartido de saber consolidados¹³¹, por eso es una buena oportunidad que al menos para estos supuestos de difícil prueba podamos identificar algunos rasgos o manifestaciones comunes que faciliten el camino probatorio.

Incardinado a lo anterior, una ayuda para resolver los casos difíciles sería utilizando un corpus de *knowleges* jurisprudencial y doctrinariamente aceptados como típicos del hecho que constituye la pretensión probatoria; la máxima de la experiencia utilizada en los casos difíciles debería extraerse a partir de la observación de casos similares lo suficientemente firmes como para formular una pauta o guía.

Los hechos no son realizados puramente observacionales sino además tienen un componente teórico, interpretativo o normativo igual de relevante. Conforme a esto no importa solamente la información que proporcionen las pruebas sino además la red de conceptos (sociales, culturales, de la experiencia, etc.) que utilice el juez al momento de su valoración, esto es, al medir el grado de apoyo que prestan a una hipótesis de hecho. Esta red de conceptos tiene una naturaleza subjetiva¹³², pues dependerá del sujeto que formula la interpretación o valoración, y los conceptos y definiciones que se utilizan para ordenar el material sensorialmente dispo-

¹³⁰ ALCHOURRÓN/BULYGIN (1991) 311.

¹³¹ COLOMA (2011) 86.

¹³² A esto hace referencia parte de la doctrina cuando alude a la subjetividad del razonamiento inferencial. Véase, BACH (2010) 644.

nible. La capacidad de un juez para formular hipótesis de hecho no solo depende de la información disponible en el proceso, sino también de su experiencia profesional, formación técnica, de su cultura, y en todo caso de perspicacia¹³³.

De esta manera, introduciendo esta red de indicios tipo es posible que la reconstrucción de un hecho no dependa exclusivamente de la red conceptual previa acerca del mundo que pueda tener el sujeto que formula su determinación, sino de elementos objetivos intersubjetivamente controlables. Seguramente el camino que deberá seguirse para consolidar estos indicios tipo será más difícil en algunos supuestos que en otros. En casos como la simulación de contrato hay tarea ya avanzada¹³⁴. Pero en otras parcelas, deberá batallarse para construirlos.

Un par de prevenciones acerca de estos indicios. En primer lugar deben funcionar como guías y no como reglas. Esto implica que al no resultar de aplicación obligatoria, el juez puede considerar otros diferentes a los contenidos en este cuerpo. En segundo lugar, estos indicios funcionan como una suerte de carga de la prueba y de la argumentación. En la medida que la parte pueda establecerlos en el proceso, la carga de desvirtuar su existencia y la justificación de los efectos probatorios diferentes, le corresponde siempre a la contraparte.

La introducción de los indicios tipo en el razonamiento probatorio cumple también otras funciones relevantes: en primer lugar, minimiza los riesgos de indefensión desde que las partes sabrán de antemano cuáles son los hechos desde que se podrán inferir otros datos fácticos relevantes, facilitando de esa forma la contradicción en la formación del material probatorio. En segundo lugar, y en consonancia de lo anterior, los litigantes

¹³³ MALEM, Jorge (2008) *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, p. 67.

¹³⁴ Un buen ejemplo del camino avanzado en esta materia es la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de junio de 2011, Rol N° 6537-2009, donde a partir de ciertos hechos probados se determinó la existencia de una voluntad real distinta a la declarada. Estos hechos fueron: a) contratos sucesivos en el tiempo y reporte o beneficio para los vendedores; b) saldo en nueve cuotas sin interés pactado; c) vínculos familiares, y representación de vendedor y comprador en una sola persona natural; d) mutuo celebrado nueve meses después de celebrado los contratos de compraventa; e) alegación de los demandados de haber registrado contablemente las operaciones comerciales sin haber puesto a disposición del tribunal esos registros. Otro fallo también ejemplar fue el dictado por la Corte Suprema el 18 de agosto de 2010, Rol N° 1685-2010, que acogiendo un recurso de casación en el fondo, confirma la sentencia de primer grado dictada en los autos Rol N° 3840-2004, del Tercer Juzgado Civil de Temuco. En este caso también se tipifican algunos hechos probatorios relevantes para establecer la simulación: a) la grave enfermedad en fase terminal que afectaba a la madre; b) falta de necesidad económica para que percibiera una renta vitalicia; c) que la madre después del contrato siguiera a cargo de sus negocios, y continuara percibiendo las rentas de arrendamientos; d) estrecho vínculo de parentesco entre los contratantes; e) dependencia económica que tenía la demandada respecto de su madre. Otro caso interesante puede verse: C. Santiago, 2 de noviembre de 2009, Rol N° 6391-2007. Otro fallo, C. Valdivia, 26 de julio de 2000, Rol N° 10078-2000, que valoró como indicio que el demandado no haya exigido una caución para asegurar un saldo de precio.

podrán justificar y probar otras hipótesis explicativas de esos indicios, que compitan con ellos en la determinación de un hecho.

Por su parte, en la medida que el establecimiento de los hechos se homogenice por medio de prácticas racionales uniformes, podrá identificarse no solo un grupo de hechos representativos de un dato de difícil prueba, sino también un conjunto de *medios de prueba* que estiman idóneos para establecer el hecho en cuestión. Me parece más correcto sustituir los razonamientos probatorios o las máximas tipo, por los indicios tipo.

6.3) VALORACIÓN DEL CONTEXTO PROBATORIO A TRAVÉS DE LA NOCIÓN DE LA *MEJOR PRUEBA DISPONIBLE*

Un elemento central en el modelo de adjudicación propuesto, es la posición en que sitúa el juez al momento de definir el grado de apoyo que arrojan las pruebas disponibles a una determinada hipótesis. De lo que se trata es que el juez valore la prueba reconociendo la existencia de una hipótesis fáctica de difícil prueba, de manera que no exija niveles elevados de confirmación (una prueba rigurosa, precisa y directa del hecho), pero tampoco caiga en el extremo de exonerar su prueba por esa sola circunstancia. Es indispensable que el ejercicio de valoración probatoria se inserte en las circunstancias concomitantes a la producción del mismo para elaborar un juicio de probabilidad correcto en materia civil¹³⁵ que permita acercar la decisión a la verdad. Dicho en términos sencillos, que el juez valore la prueba sabiendo que al tratarse de una hipótesis de difícil prueba solo logrará aproximaciones no del todo fiables y seguras.

En este contexto una fórmula que podría ser utilizada para solucionar los casos de difícil prueba en materia civil sería proponer una sensibilidad mínima al error mediante un estándar de *la mejor prueba disponible*¹³⁶. Indica Juan Carlos Bayon que “si se tiene por probada sin más la hipótesis con un grado de confirmación más alto, el riesgo del error –el riesgo de que, a pesar de todo, dicha hipótesis sea falsa– se hace recaer automáticamente sobre la parte del proceso que mantuvo la hipótesis a la que se ha atribuido un grado de confirmación más bajo, *sea quien sea* esa parte (demandante o demandado, acusador o acusado). Podríamos decir entonces que un sistema jurídico (o un determinado sector del mismo) es *mínimamente* sensible a la distribución del riesgo del error cuando *no corrige* (porque entiende que no hay ninguna justificación para hacerlo)

¹³⁵ EGGLESTON (2004) 11 y ss., y 191; BESSO, Chiara (1991) “Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. N° 4, pp. 1153 y ss; GASCÓN (1999) 180.

¹³⁶ Sobre este concepto: FERRARI, Francesca (2004) *La ‘prova migliori’. Una ricerca di diritto comparato*. Milán: Giuffrè Editore, pp. 44 y ss, y STEIN, Alex (2005) *Foundations of evidence law*. Nueva York: Oxford University Press, p. 39.

la asignación del mismo que resultaría de tener por probada la hipótesis con un grado de confirmación más alto, pero al menos *dirime* (no aleatoriamente) qué parte está llamada a soportar el riesgo del error cuando las hipótesis rivales tienen el mismo grado de confirmación”¹³⁷.

Bajo esta perspectiva hay ocasiones en que una disputa sobre idéntica cuestión fáctica (como cuando ambas partes se dicen, por ejemplo, dueña de una misma cosa) en que los desafíos procesales de las partes podrían ser resueltos en consideración de quién presenta las mejores pruebas, más que aquella que alcanza un grado de verificación suficiente. Esta sensibilidad mínima al error podría operar siempre que el juez esté valorando la *mejor prueba disponible*¹³⁸ en el contexto del hecho que sea objeto de prueba. De esta forma el juez deberá preguntarse si la información proporcionada por las partes es la mejor disponible para el establecimiento del hecho difícil. A falta de prueba en contrario, el establecimiento de un hecho difícil se logra mediante la mejor información disponible aunque esta no permita derivar, en circunstancias normales, su verdad.

Supongamos que la hipótesis fáctica A tiene un grado de confirmación de un 40%, mientras que la hipótesis antagónica B, un grado de 20%. Tener por probada la hipótesis A es una decisión que administra el error en contra de la parte que logra un grado de confirmación más bajo. Esto puede parecer una decisión racional pero en realidad no lo es del todo pues sigue siendo más probable que la hipótesis A no exista al no alcanzar un grado de confirmación suficiente. Pero cuando ambas partes incurren en la misma afirmación fáctica no es irracional preferir la versión de aquella que tenga un mayor grado de confirmación, aunque no alcance el mínimo necesario para estimar suficientemente probado el hecho. Y esa elección de la hipótesis mayormente confirmada pasa necesariamente por entender que el juez está valorando un conjunto de información que no puede ser mejor¹³⁹.

Esta técnica podría ser aplicada con otras formas de validación de las historias judiciales, como la relevancia, la coherencia, completitud o cobertura del relato, etc.¹⁴⁰. Si un hecho que participa de cierto relato logra una confirmación baja, pero aparece coherente a la luz de los otros hechos que participan de esa historia, la tarea del juez podría trasladarse a determinar si la información disponible es la mejor que se pudo producir

¹³⁷ BAYON (2008) 7.

¹³⁸ FERRARI (2004) 44 y ss., y STEIN (2005) 39.

¹³⁹ Faltaría, por cierto, determinar qué condiciones son las necesarias para entender que el juez valora la mejor información disponible en el contexto del hecho objeto de la prueba. Dicho en otros términos, para que este modelo pueda funcionar sería indispensable establecer un conjunto de requisitos que debería cumplir la información incorporada en el juicio para que pueda ser considerada la mejor disponible. Por su extensión y complejidad, una pregunta como esta no puede ser respondida en esta investigación.

¹⁴⁰ COLOMA (2011) 75-98.

en juicio. A falta de refutación de la hipótesis, podría entenderse probada la que logra un grado de confirmación más alto aunque no sea suficiente, en la medida que esa hipótesis encaje en coherencia y completitud con un relato cuyos otros hechos que lo componen sí han alcanzado un grado suficiente de confirmación. En este contexto recurrir a las herramientas y razonamientos probatorios no parece del todo injustificada.

6.4) MOTIVACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL JUICIO FÁCTICO

Un último elemento en este cuadro es la justificación y motivación del juicio fáctico en el marco de la decisión de un caso de difícil prueba. Esta exigencia puede encuadrarse en un deber general de motivación de la sentencia¹⁴¹, pero que se concreta en exigencias específicas en estos casos. La justificación y motivación debería abarcar todos los ámbitos en que se desarrolla el juicio fáctico: a) la justificación de la determinación del hecho que sirve de base para la construcción de la inferencia, ya sea en su fiabilidad, suficiencia, variedad y pertinencia. En la medida que este hecho base puede ser reconducido al conjunto de hechos tipo, es razonable esperar una justificación cómo se ha extraído ese hecho típico. La referencia a la doctrina y jurisprudencia parecen ser las herramientas adecuadas para la justificación de estos hechos tipo; b) la justificación de la máxima de la experiencia utilizada para realizar la inferencia probatoria. En la medida de lo posible es necesario explicitar esta máxima, indicando expresamente cuál es la regla que sirve de *pegamento* entre el indicio y la conclusión probatoria¹⁴². Ello permitirá a las partes controlar su grado de fundamento y la probabilidad causal que representan. En este aspecto también parece razonable seguir utilizando las herramientas que propone la doctrina y la jurisprudencia para la prueba del hecho difícil, pero es ne-

¹⁴¹ ANDRÉS, Perfecto (2007) "Sobre prueba y motivación". *Revista Jueces para la Democracia*, N° 69, p. 94.

¹⁴² IGARTUA, Juan (1994) *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 202. Un buen ejemplo de cómo podrían explicitarse esas máximas de la experiencia en una sentencia es el fallo de la Corte de San Miguel, de 12 de enero de 2011, Rol N° 393-2010, que enuncia gráficamente la máxima empleada: "es esperable y de normal ocurrencia que si una persona va a realizar una acción que estima urgente y corre a efectuarla, lo haga hasta que complete la acción y por tanto aparece de todo sentido común que el trabajador de autos al momento de percatarse del rebase del contenido de la máquina que debía operar (lo que quedó acreditado en autos) haya corrido, como lo reseña el testigo Daniel Gómez Marambio, a apagar la máquina, y así se haya desplazado hasta completar la acción, es decir hasta acabar con la urgencia, apagando o deteniendo la máquina, como es señalado por el recurrente. Asimismo resulta de toda normalidad que un tropiezo o caída se produzca durante una marcha rápida, una carrera y, por el contrario, resulta infrecuente que ocurra en un caminar cuidadoso y pausado. De ello es posible inferir que, de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, el accidente se produjo exactamente en las circunstancias allí descritas". Se podrá o no estar de acuerdo con la máxima empleada, pero la sentencia cumple satisfactoriamente el deber de hacerla explícita.

cesario hacerlas palpables, y de igual manera justificar su inclusión por sobre otras. En tercer lugar, c) también sería necesario que el juez justifique por qué estima que el conjunto de información que arrojan los medios de prueba es el mejor disponible, y por cierto, justifique en qué medida se enfrenta a una hipótesis de difícil prueba. Por último, d) es necesario que el juez justifique si el hecho de difícil prueba ha sido refutado, y si se han eliminado las hipótesis alternativas que expliquen de mejor forma la información disponible.

7) CONCLUSIONES

El derecho probatorio no ha prestado mayor atención a los casos en que existen dificultades de prueba. Solo algunos autores han identificado una serie de casos-hechos como típicos de difícil prueba. Se trata de situaciones en que el hecho que constituye objeto de la prueba no ha dejado rastros físicamente constatables, o bien, estos son febles y de difícil determinación. Estos casos no deben confundirse con las situaciones en que la identificación del objeto probatorio es difícil como la buena fe, el estándar del buen padre de familia, etc. Las dificultades probatorias puedan ser divididas en dos grandes grupos: en uno, estarían los hechos que su especial naturaleza o forma de producción resultan difíciles de probar, como el hecho complejo, el íntimo, el antiguo, síquico, negativos, futuros, etc. En el otro grupo están los casos en que la parte que tiene la carga de probar el hecho no tiene a su disposición los medios de prueba idóneos para su confirmación en juicio, produciéndose un desequilibrio entre carga de la prueba y facultades y posibilidad de levantar esa carga.

Estas categorías suelen ser reconocidas por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia. Por lo general, y producto de un discernimiento de orden sustantivo, el legislador con la finalidad de facilitar la prueba y promover el ejercicio de ciertas categorías de derechos, utiliza herramientas que permiten enfrentar estas dificultades probatorias. Es el caso de las presunciones legales, la inversión legal de la carga de la prueba mediante mecanismos de facilidad y disponibilidad probatoria, y las denominadas verdades interinas. A ello se puede unir lo que se denomina “factibilidad heurística de la norma”, imperativo dirigido al legislador para que configure los supuestos fácticos de las normas jurídicas pensando en su determinación judicial. Estas técnicas están previamente discernidas por el legislador y pueden estimarse legítimas. En la medida que no afecten derechos fundamentales, las críticas son más políticas que judiciales, y tienen que ver con la forma en que el legislador regula los bienes, valores o intereses contrapuestos.

Ahora bien, también en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia se han creado técnicas para enfrentar estos casos de difícil prueba. Estas

técnicas consisten en métodos de asignación de la carga de la prueba (criterio del riesgo, prueba *prima facie*, criterios de facilidad y disponibilidad probatoria), presunción de la existencia de un hecho por obedecer a pautas de comportamiento consideradas normales (regla de la normalidad) y máximas de la experiencia utilizables para construir inferencias probatorias (valoración de la conducta de las partes, criterio de normalidad, etc.). Estas herramientas presentan un alto grado de semejanzas con las utilizadas por el legislador, pero son criticables desde que además de presentarse muchas veces como discernimientos sustantivos de la relación jurídica material objeto de la tutela, presentan grados muy inferiores de fiabilidad en las conclusiones probatorias, colocando en peligro la justicia de la decisión judicial. Por lo demás, se agrega, pueden generar una lesión al derecho de defensa y a la seguridad jurídica especialmente cuando suponen entregar al juez un poder discrecional para manipular cargas de prueba.

En esta perspectiva se propone un cuadro que permita racionalmente enfrentar los casos de difícil prueba, dando cuenta de una serie de pautas que debería utilizar el juez al momento de determinar la existencia de alguna clase de estos hechos. Estas pautas no suponen la elaboración de una teoría ni nada parecido sino simplemente buscan guiar la decisión mediante la asimilación de ciertos conceptos como la jerarquía de la mal denominada “prueba indirecta”; la posible identificación y utilización de indicios tipo para cada hecho de difícil prueba; la valoración del contexto probatorio a través de la noción de la *mejor prueba disponible*; y por último, la justificación y motivación del juicio fáctico como forma de garantizar su racionalidad y control.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991) “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”. En: *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ÁLVAREZ, Pedro (2007) *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Editorial Comares.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, Williams (2005) *Analysis of Evidence*. London: Cambridge University Press.
- ANDRÉS, Perfecto (2007) “Sobre prueba y motivación”. *Revista Jueces para la Democracia*, N° 69.
- BACH, Roser; CAMARENA, Salvador; IGARTUA, Juan; LÓPEZ, Juan; et al. (2010) *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- BAYON, Juan Carlos (2008) *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, pp. 1-21.

- Disponible en <http://www.udg.edu/areas/FilosofiadelDret/Noticies/tabid/10083/p/10469/language/es-ES/Default.aspx> (fecha de visita 8 de septiembre de 2014).
- BENTHAM, Jeremy (2001) *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada: Editorial Comares.
 - BESSO, Chiara (1991) “Probabilità e prova: considerazione sulla struttura dell giudizio di fatto”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. N° 4.
 - BLANQUER, David (2006) *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - BRAVO, Pablo (2013) “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21.
 - CARRARA, Antonio (2003) “Prova e convencimento del giudice nel proceso civile”. *Rivista di Diritto Processuale*. N°1.
 - CARVAJAL, Patricio (2012) “Non liquet: Facilidad probatoria en el Proyecto de un Nuevo Código Procesal Civil”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 39, N°3.
 - CASTILLEJO, Raquel (2006) “La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica”. *La Ley*, N° 4.
 - CENDON, Paolo y ZIVIZ, Patricia (1992) “L’ inversione delle prova nel diritto civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°3.
 - COLOMA, Rodrigo (2011) “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”. En Arena, Federico, Brunet, Pierre (coordinadores): *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
 - COMOGLIO, Luigi (2004) *La prova civile*. Milán: UTET.
 - COMOGLIO, Luigi, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele (1995) *Lezioni sul processo civile*. Bolonia: Il Mulino.
 - CONTE, Mario (2005) *La prove civile*. Milán: Giuffrè Editore.
 - CORBAL, Jesús (1993) “La adquisición procesal y la carga de la prueba”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
 - CORRAL, Hernán (2012) “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil”. En: *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*. Cuadernos de Extensión Jurídica 23. Santiago: Editorial Universidad de los Andes.
 - CORTÉS, Valentín (1972) “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. N°s 2-3.
 - DAMIAN MORENO, Juan (2007) “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”. En: *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - DENTI, VITTORIO (1992) “L’ inversione dell’ onore della prova: rilievi introduttivi”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°3.

- DEVIS, Hernando (1988) *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia.
- DÍAZ-REGAÑÓN, Calixto (1996) *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Navarra: Aranzadi Editorial.
- DIEZ, José Luis (1997) *El daño extracontractual. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (2010): “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica”, En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, N° 6. Santiago: Fundación Fueyo.
- EGGLESTON, Richard (2004) *Prova, conclusione probatoria e probabilità*. Milán: Giuffrè Editore.
- ESTEVE, José (1999) *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo en el Derecho Ambiental*. Barcelona: Ariel Derecho.
- FERNÁNDEZ, Mercedes (2006) *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: Editorial La Ley.
- FERRARI, Francesca (2004) *La ‘prova migliori’. Una ricerca di diritto comparado*. Milán: Giuffrè Editore.
- GAMBA, Cinzia (2009) “Standars di decisione e complessità dei fatti”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°1.
- GARBOLINO, Paolo (1999) *La logica del probabile e la prova giuridica. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura. La prova nel processo civile*. Vol. 1.
- GARCIMARTÍN, Regina (1997) *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Cedecs.
- GASCÓN, Marina (1999) *Hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GASCÓN, Marina (2012) *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- GASCÓN, Marina (2013) “La prueba científica. Un mapa de retos”. En: *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ, Fernando (2001). “La carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *Indret* 1/2001, pp. 1-17. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf (fecha de visita 08 de septiembre de 2014).
- GONZÁLEZ, Daniel (2005) *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*. Bogotá: Editorial Temis-Palestra.
- GONZÁLEZ, Daniel. *Apuntes sobre Prueba y Argumentación jurídica*. Disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/libros_argumentacion/Lagier_apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf, pp. 1-35 (visitado el 08 de septiembre de 2014), pp. 19 y 20.
- GONZÁLEZ, Piedad (2007) “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”. En: *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- HOLLANDER, Charles (2004) *“Documentary disclosure: lessons from the English experience”*. *The Future of Transnational civil litigations*. Londres: British Institute of International and Comparative Law.
- HUME, David (1980) *Investigación sobre el conocimiento humano*. Traducción de Jaime de Salas Örtueta. Madrid: Alianza Editorial.
- IACOBONI, Alessandro (2006) *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milan: Giuffrè Editore.
- IGARTUA, Juan (1994) *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LARROUCAU, Jorge (2010) “Res ipsa loquitur: quien habla es el juez, no la cosa”. En Figueroa, Barros y Tapia (coordinadores): *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: LegalPublishing.
- LUNA, Álvaro (2004) *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Thomson Civitas.
- MALEM, Jorge (2008) *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa.
- MANNARINO, Nicola (2007) *La prova nel processo*. Milán: Cedam.
- MAZZONI, Guliana (2010) *¿Se puede creer a un testigo?* Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta.
- MICHELLI, Gian (2004) *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis.
- MONEREO, José Luis (1996) *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTERO, Juan (2005) *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.
- MUÑOZ, Luis (1997) *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- NIEVA, Jordi (2010) *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA, Jordi (2013) *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- ORMAZÁBAL, Guillermo (2011) *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons.
- ORMAZÁBAL, Guillermo (2004) *La carga de la prueba y sociedad en riesgo*. Madrid: Marcial Pons.
- PAILLÁS, Enrique (1979) *Estudios de derecho probatorio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PALOMO, Diego (2013) “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda la vuelta?” *Revista Ius et Praxis*, N°2.
- PATTI, Salvatore (1987) *Prove. Disposizioni Generali*. Bolonia: Zanichelli Editore.
- PELAYO, Ángel (2009) *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Editorial Comares.

- PEÑAILILLO, Daniel (1989) *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEREIRA, Silvia (2013) *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters.
- PÉREZ GIL, Julio (2010) *El conocimiento científico en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEYRANO, Jorge (2011) “La prueba difícil”. En: *Civil Procedure Review*, Vol. 2.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2013) “La prueba del dolor”. En Taruffo, Michele y Nieva, Jordi (directores): *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- RAGUÉS, Ramón (2004) “Consideraciones sobre la prueba del dolo”. *Revista Estudios de la Justicia*. N° 4.
- RICCI, Gian (1988) “Prove e argomenti di prova”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. XLII.
- RIVERA, Rodrigo (2011) *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons.
- ROMERO, Aurelia (2000) *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*. Madrid: Editorial Civitas.
- RUFFINI, Giuseppe. (2004) “Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°58.
- SCHUCK, Peter (2005) “Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales”. En: Rosenkrantz, Carlos (coordinador): *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa Editorial.
- SEAONE, José (2007) *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. 2ª edición. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- STEIN, Alex (-) *Foundations of evidence law*. Nueva York: Oxford University Press.
- TARUFFO, Michele (2008) *La prueba*. Traducción de Manrique Laura, y Ferrer, Jordi, Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (2009) *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- TARUFFO, Michele (2009b) *Páginas sobre la justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo. Madrid: Marcial Pons.
- TWINING, Williams (2007) “Argumentation, stories and generalizations: a comment”. *Law, Probability and Risk*. N°6.
- VALDERRAMA, Mayor (1992) *La prueba de indicios en la investigación penal e identificación criminal*. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones.
- VALLEBONA, Antonio (1992) “L’ inversione dell’ onore della prove del diritto del lavoro”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 3.

- VERDE, Giovanni (1999) *La prova nel processo civile. Profili di teoria generale. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura. La prova nel processo civile*. Vol. 1.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

- C. Suprema, de 31 de julio de 2012, Rol N° 9140-2009.
- C. Suprema, 2 de julio de 2008, Rol N° 1652-2007.
- C. Suprema, 19 de agosto de 2008 Rol N° 1979-2008.
- C. Suprema, 29 de abril de 2009, Rol N° 5058-2008.
- C. Suprema, 10 de diciembre de 2008, Rol N°1771-2007.
- C. Suprema, 7 de julio de 2009, Rol N°3143-2009.
- C. Suprema, 28 de julio de 2009, Rol N° 3410-2008.
- C. Suprema, 8 de septiembre de 2009, Rol N° 1980-2008.
- C. Suprema, 6 de marzo de 2013, Rol N° 9074-2011.
- C. Suprema, 27 de diciembre de 2011, Rol N° 8983-2010.
- C. Suprema, 3 de mayo de 2004, MJCH_MJJ9290.
- C. Suprema, 3 de mayo de 2004, MJCH_MJJ9290.
- C. Suprema, 25 de mayo de 1956, R., t. 53, sec. 1°, p. 88.
- C. Suprema, 3 de noviembre de 1908, R., t., 6, sec. 1°, p. 252.
- C. Suprema, 10 de agosto de 1921, R., t. 21, sec. 1°, p. 74.
- C. Suprema, 31 de agosto de 2011, Rol N° 1061-2010.
- C. Suprema, 26 de octubre de 2011, Rol N° 5975-2009.
- C. Suprema, 17 de mayo de 2006, MJCH_MJJ17477.
- C. Suprema, 20 de enero de 2011, Rol N°6249-2010.
- C. Suprema, 26 de junio de 2011, Rol N° 6537-2009.
- C. Suprema, 18 de agosto de 2010, Rol N° 1685-2010.
- C. Suprema, 15 de diciembre de 2008, Rol N°5301-2007.
- C. Suprema, 18 de agosto de 2010, Rol N°1685-2009.
- C. Suprema, 7 de mayo de 2013, Rol N° 7170-2013.
- C. Suprema, 11 de mayo de 2004, Rol N° 4836-2001.
- C. Suprema, 7 de mayo de 2012, Rol N° 9297-2012.
- C. Suprema, 28 de diciembre de 2010, Rol N°7965 MJJ25846.
- C. Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol N° 1346-2008.

CORTES DE APELACIONES

- C. Antofagasta, 1 de octubre de 2010, Rol N° 210-2010.
- C. Antofagasta, 10 de agosto de 2010, Rol 96-2010.
- C. Antofagasta, 19 de junio de 2006, Rol N° 1167-2005.
- C. Antofagasta, 2 de julio de 2013, Rol N° 1105-2012.
- C. Antofagasta, 7 de marzo de 2007, Rol N° 290-2006.

- C. Concepción, 22 de octubre de 2008, Rol N° 4769-2005.
- C. Concepción, 23 de julio de 1993, R.D.J, t. LXXIV, sec. 4°, p. 281.
- C. Concepción, 24 de junio de 2013, Rol N° 143-2013.
- C. Concepción, 24 de octubre de 2007, Rol N° 1914-2006.
- C. Concepción, 5 de octubre de 2010, Rol N° 295-2009.
- C. Concepción, 7 de julio de 2008, Rol N° 400-2007.
- C. Concepción, 8 de octubre de 2010, Rol N° 496-2010.
- C. Concepción, 8 de septiembre de 2010, Rol N° 2030-2009.
- C. Punta Arenas, 29 de enero de 2009, Rol N° 7982-2005.
- C. San Miguel, 1 de enero de 2010, Rol N° 393-2010.
- C. San Miguel, 1 de octubre de 2007, Rol N° 1082-2007.
- C. San Miguel, 12 de enero de 2011, Rol N° 393-2010.
- C. Santiago, 2 de noviembre de 2009, Rol N° 6391-2007.
- C. Santiago, 26 de octubre de 2011, Rol N° 5975-2009.
- C. Santiago, 26 diciembre 1957. R., t. 55, sec.1°, p. 188.
- C. Santiago, 29 de marzo de 1994, MJCH_MJJ1887.
- C. Santiago, 7 de septiembre de 2000, MJCH_MJJ3616.
- C. Santiago, 9 de agosto de 2013, Rol N° 17-2013.
- C. Talca, 2 de julio de 1948, G., t. 2, p. 493.
- C. Talca, 29 de marzo de 1927, R., t. 25, sec. 2°, p. 73.
- C. Valdivia, 22 de agosto de 2007, Rol N° 392-2007.
- C. Valdivia, 26 de julio de 2000, Rol N° 10078-2000.
- C. Valparaíso, 3 de diciembre de 2008, Rol N° 667-2008.