



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte

ISSN: 0717-5345

revistaderecho@ucn.cl

Universidad Católica del Norte
Chile

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS

NUEVAS HERRAMIENTAS PROBATORIAS EN EL PROCESO CIVIL CHILENO.

ANÁLISIS EN UN CONTEXTO DE FACILIDAD PROBATORIA

Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 23, núm. 1, junio, 2016, pp. 173-
198

Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371046600008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

NUEVAS HERRAMIENTAS PROBATORIAS EN EL PROCESO CIVIL CHILENO. ANÁLISIS EN UN CONTEXTO DE FACILIDAD PROBATORIA*

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA**

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la evolución que ha tenido la prueba en el proceso civil chileno dentro de un contexto histórico y comparado. Esa evolución supone un cambio en el sustrato ideológico del proceso civil, el que partiendo de su concepción estatal y por tanto pública, debe estar al servicio de una justicia basada en la verdad y en que los ciudadanos puedan probar sus posiciones para ver tutelados sus derechos e intereses. Se analizan en el trabajo tres herramientas probatorias que intentan conjurar las dificultades que muchas veces enfrentan las personas al momento de probar: se trata de la exhibición de documentos por la contraparte o terceros; la declaración de parte y el financiamiento público o compartido por las partes de las pericias.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil - deber de cooperación - exhibición de documentos - declaración de parte - prueba pericial.

NEW EVIDENCE RULES IN CHILEAN CIVIL PROCEDURE. THE PURSUE OF EFFICIENCY IN THE PROOF OF LEGAL FACTS: AN ANALYSIS

ABSTRACT: This paper analyzes the development that evidentiary has taken in the Chilean and comparative civil law process. This development represents a change in the ideological background of civil procedure which, starting from its state's conception and therefore public, must serve one truth based on justice where citizens can prove their positions in order to protect their rights and interests. Three evidentiary tools are

* Este trabajo cuenta con el respaldo y financiamiento del proyecto Fondecyt titulado "Verdades difíciles: dificultades probatorias en el proceso civil chileno", n° 1141063, del que el autor de este artículo es coinvestigador.

Fecha de recepción: 2 de marzo de 2015.

Fecha de aceptación: 5 de agosto de 2015.

** Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Austral de Chile (CHILE). Correo electrónico: abordali@uach.cl

analyzed for attempting to avert the difficulties people often face to provide proof: this is the production of documents by the counterparty or third parties, the party as witness as well as public or shared funding of expertise reports.

KEYWORDS: Civil process - duty of cooperation - production of documents - party as witness - expert evidence.

Sumario: Introducción. 1) La verdad como fin del proceso y su relación con la prueba. 2) La aportación de las pruebas por las partes en el proceso civil contemporáneo: (2.1.) Las reglas sobre la carga de la prueba. (2.2.) Herramientas probatorias contemporáneas para conocer de mejor manera los hechos discutidos: (2.2.1.) Documentos que obran en poder de la contraparte o terceros y deber de colaboración. (2.2.1.1.) Cargas probatorias dinámicas. (2.2.1.2.) Deber de exhibición de documentos. (2.2.2.) Declaración de parte. (2.2.3.) Financiamiento estatal o compartido de las pericias. Conclusiones finales. Bibliografía citada.

INTRODUCCIÓN

Es de común ocurrencia que personas que tienen un derecho subjetivo que ha sido vulnerado por otra persona o que han sido dañadas injustamente por otras, no puedan obtener una sentencia judicial afirmativa porque carecieron de los medios de prueba para demostrar la situación fáctica que se refiere a su derecho o al daño que se les ha ocasionado con culpa. En esta situación el derecho substantivo se ha visto insatisfecho en sede procesal. Dicho de otro modo, la tutela de los derechos en sede jurisdiccional no ha acompañado a la tutela que la ley substantiva les brinda a los ciudadanos. Como diría Bentham¹, lo que la ley substantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva le quita.

¿Es justo y correcto que situaciones como las acá descritas ocurran? A mi juicio no lo es.

En situaciones donde los ciudadanos ven insatisfecha la tutela de sus derechos porque han carecido de los medios de prueba para demostrar las circunstancias fácticas que justifican su derecho o el daño injustamente ocasionado, se hace necesario que el Estado intervenga para impedir que al menos hacia el futuro eso pueda replicarse.

¹ BENTHAM, Jeremías (2008) *Tratado de las pruebas judiciales*, 2ª Ed. Buenos Aires: Valletta ediciones, p. 17.

Las razones por las cuales un sujeto en un proceso civil no ha podido probar pueden ser de diversa índole. Puede tratarse de casos en que los medios de prueba están en poder del demandado; puede ocurrir que la prueba solicitada requiera un costo muy alto para producirla; puede suceder que la prueba no ha sido solicitada porque el abogado de la parte, por su inexperiencia y quizás negligencia, no aportó o pidió la prueba, entre otros casos.

Los sistemas procesales civiles comparados, como se verá más adelante, hace un buen tiempo que han ido reaccionando frente a estos casos. Las respuestas han sido de diversa índole. Sin que se excluyan, ellas han consistido en darle poderes probatorios al juez que supla la inacción de la parte²; en otros casos se establecen presunciones que favorecen a los sujetos más débiles o se ha invertido la carga de la prueba o bien se le ha dado un poder a juez para que en cada caso concreto, analizando las posibilidades de prueba de las partes, altere las reglas de la carga de la prueba fijadas precedentemente en la ley.

En otros casos se han ampliado y robustecido los poderes que tiene el juez para exigir, ya sea a petición de parte o de oficio, que la otra parte o terceros exhiban documentos que están en su poder. También se ha ampliado la actuación de la parte en el probatorio, avanzando desde la tradicional confesión hacia la declaración de parte. En fin, en algunos casos se ha previsto que el Estado financie determinadas pruebas que son muy costosas, como muestras de ADN o bien pericias ambientales.

Las razones por las cuales los legisladores en muchos países han ido favoreciendo las posibilidades de probar avanzan, al menos, por tres tipos de argumentos. En primer lugar, un argumento estrictamente jurídico que se refiere a que el derecho fundamental de las personas para obtener la tutela judicial de sus derechos debe tener real vigencia. En esta misma lógica iusfundamental, otros ven una necesidad de reforzamiento del derecho a la prueba como parte del debido proceso. En segundo lugar, se trata de decisiones políticas basadas en el principio de igualdad, para favorecer a sujetos débiles. Este tipo de medidas se observan en el proceso del trabajo, proceso antidiscriminación y en algunos casos de procesos de consumo. En tercer lugar, se trata de argumentos de política del derecho, en este caso del Derecho Procesal, y que dicen relación con que el proceso civil debe ser un instrumento que sea capaz de conocer la verdad de los hechos discutidos. En este último caso se prevén mecanismos procesales que facilitan la obtención de pruebas en el proceso para conocer la verdad de los hechos discutidos.

² Sobre la iniciativa probatoria del juez civil ya me he referido en BORDALÍ, Andrés (2007) "Los poderes del juez civil". En De la Oliva, Andrés y Palomo, Diego (coordinadores). *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 179 -203.

¿Cuál debe ser la justificación principal para introducir un nuevo escenario en el derecho de la prueba en el proceso civil chileno? Es difícil excluir los tres tipos de argumentos esbozados precedentemente, pero si nos concentramos en un proceso civil de tipo patrimonial que se basa en la igualdad relativa entre las partes, es decir, dejando de lado los asuntos de familia y de consumo, mi hipótesis dirá que el tercer argumento es el que justifica mayormente una nueva concepción de la prueba que implique mayormente al Estado en su obtención y rendición. Se trata de poder lograr una justicia fundada en el establecimiento verídico de los hechos a los cuales se les pueda aplicar las reglas creadas por los poderes políticos.

En el presente trabajo quiero analizar esta nueva concepción ideológica del proceso civil, así como las nuevas herramientas probatorias que ha ido creando el legislador que intentan favorecer el establecimiento de la verdad de los hechos discutidos en el proceso. Asimismo, se analizará cómo se incorporan estas propuestas en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno en tramitación actualmente en el Congreso Nacional³, en lo que sigue el Proyecto.

No se trata el presente trabajo de un estudio de derecho comparado, pero si se utilizarán ejemplos del derecho y la doctrina extranjeras para ilustrar y contextualizar las reformas al proceso civil que se están discutiendo actualmente en Chile.

1) LA VERDAD COMO FIN DEL PROCESO Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA

La jurisdicción es algo más que vía de solución de conflictos. Es instrumento de justicia⁴. Esta afirmación debe ser comprendida en el sentido que solo cuando los jueces son capaces de acercarse al máximo a la verdad⁵ sobre los hechos que circundan a las afirmaciones de las partes en el proceso, se hace posible que el mandato abstracto y general previo contenido en la ley se aplique a un caso concreto⁶. Eso es hacer justicia en una sociedad democrática organizada como Estado de derecho. Y si eso es

³ Para efectos de este trabajo se tendrá como versión del Proyecto de Código Procesal Civil chileno el que consta por Mensaje del Presidente de la República, Sebastián Piñera Echenique, número 004-360, de 12 de marzo de 2012.

⁴ VERDE, Giovanni (2002) "Le ideologie del processo in un recente saggio". *Rivista di Diritto Processuale*, año LVII (segunda serie) N° 3, julio-septiembre, p. 680.

⁵ En igual sentido PICÓ I JUNOY, Joan (2006) "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado". En Montero Aroca, Juan (coordinador): *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 124.

⁶ FERRER, Jordi (2010) "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana". En AA.VV. *La prueba y la decisión judicial*. Medellín: Universidad de Medellín, p. 12.

hacer verdadera justicia, las reglas procesales creadas por el legislador deben permitir acercarse al máximo a esa verdad.

Naturalmente, como señala Taruffo⁷, nadie habla de verdades o certezas absolutas, que son privilegio del fanático y que, de hecho, se encuentran solo en algunas metafísicas y en algunas religiones integristas. Se trata de conocer la verdad sobre los hechos discutidos por las partes y que, por definición, se han dado en el mundo físico fuera del proceso.

Alguna doctrina⁸ pone énfasis en el carácter público que tiene el proceso civil derivado de su fin consistente en la búsqueda de la verdad. Si bien el proceso civil se dispone para la tutela de los intereses privados de los sujetos, una vez que este es incoado, el proceso civil se hace una cosa pública por cuanto mira al establecimiento de la verdad.

Entre nosotros, Álvaro Pérez Ragone concuerda con esta postura al afirmar que en la búsqueda de la justicia, la verdad siempre ha desempeñado y continuará desempeñando un importante papel⁹. Asimismo, Cristián Maturana y Renée Rivero señalan que los procesos deben velar para que los conflictos se resuelvan aproximándose en la mayor medida a la verdad de los hechos, dado que una sentencia que se emita apartándose de la realidad no será una que haga justicia¹⁰.

Dejando claro que hacer justicia a través del proceso judicial implica acercarse lo más posible a la verdad de lo sucedido en el mundo extraprocesal, hay que agregar que para que los jueces puedan acercarse lo más que se pueda a esa verdad, necesitan de pruebas. La finalidad de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido¹¹. Y contra más abundante sea el conjunto de pruebas o elementos de juicio disponibles, mayor será la probabilidad de determinar la verdad de lo ocurrido¹².

Decía Bentham¹³ que el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria. Así, concluía el mismo autor, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.

⁷ TARUFFO, Michele (2010) *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, p. 94.

⁸ RICCI, Gian Franco (2001) *Principi di diritto processuale generale*. Turín: Giappichelli, p. 335.

⁹ PÉREZ, Álvaro (2014) "Retrato del juez y el rol de las partes (revisionismo garantista) del proceso civil a través de Klein y Wach". *Revista de Estudios Judiciales*, N° 1, p. 80.

¹⁰ MATURANA, Cristián y RIVERO, Renée (2012) "Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo meramente académico". *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, U. de los Andes, Santiago de Chile, p. 30.

¹¹ FERRER (2010) 12.

¹² BENTHAM (2008) 22; FERRER (2010) 13.

¹³ BENTHAM (2008) 13.

Cosa distinta es que la búsqueda de la verdad tenga límites, como el tiempo y costo del proceso, la relación cliente y abogado, los secretos de Estado, la protección de los menores, los derechos fundamentales de las partes, entre otros.

El proceso es un plexo de valores, partiendo por la verdad, la que se debe conjugar con otros valores. Pero mientras no se contraponga la verdad a esos otros valores, las herramientas procesales que cree el legislador deben encaminarse hacia el descubrimiento de la verdad de los hechos que subyacen al conflicto planteado ante la jurisdicción.

En este sentido, puede señalarse como un postulado general lo siguiente: contra más pruebas aporten las partes y el juez al proceso, mayor será la posibilidad de obtener una justicia civil basada en la verdad.

Lo que quiero analizar es lo que sigue es cuál es el rol y las posibilidades de las partes en la aportación de pruebas al proceso. Dejaré de lado en esta ocasión las posibilidades de aportación de prueba de oficio por parte del juez o tribunal para aproximarse a la verdad de los hechos discutidos.

2) LA APORTACIÓN DE LAS PRUEBAS POR LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL CONTEMPORÁNEO

(2.1.) LAS REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

Existen en nuestro derecho vigente algunas reglas que dificultan que las partes puedan probar los hechos que ellos afirman o bien que obtengan sentencias justas.

Por un lado está el sistema de la carga de la prueba vigente en el Código Civil y, de otro, las escasas posibilidades de probar de acuerdo al sistema probatorio vigente en el Código de Procedimiento Civil. Creo que ambas situaciones merecen una revisión crítica.

Ambas instituciones, carga de la prueba y herramientas probatorias en manos de las partes, se estructuran en una lógica procesal entregada al interés o beneficio y capacidad de las partes, sustentada en una idea de igualdad formal entre los contendientes, que en muchos casos dificulta que se dicten sentencias basadas en la verdad.

De conformidad con el artículo 1698 del Código Civil, corresponderá al actor civil aportar los medios probatorios referidos a los hechos que fundamentan su derecho subjetivo o interés legítimo afirmado en el proceso. Dicho de otro modo, al demandante le corresponde la prueba de los hechos que fundamentan su pretensión, mientras que al demandado le corresponde la carga de aportar los medios probatorios referidos a los hechos extintivos, impeditivos o modificativos alegados por él y que dicen relación con el derecho o interés legítimo invocado por el actor.

Con el concepto de carga se apunta hacia un imperativo procesal que, de conformidad con James Goldschmidt¹⁴, juega en el propio interés de las partes. Las cargas procesales implican determinados actos procesales que intentan prevenir un perjuicio procesal como lo es una sentencia desfavorable. Con la idea de carga de la prueba entonces debemos alejarnos de una idea de deber u obligación.

La carga de la prueba se establece bajo una lógica absolutamente privatista del proceso civil y desde luego bajo la inspiración del principio dispositivo¹⁵. Supone, por lo demás, que entre demandante y demandado no existen diferencias que pueden traducirse en asimetrías de información, en capacidad económica para obtener pruebas, etcétera. El *onus probandi* vigente se construye en un sistema tradicional de igualdad ante la ley, es decir, una igualdad formal.

Dicho lo anterior, hay que distinguir en la materia entre distribución de la carga de la prueba (carga de la prueba formal) y regla de juicio (carga de la prueba material)¹⁶. La primera está dirigida a las partes y la segunda al juez. Esta última, es decir, la regla de juicio, es un instrumento que derivado del principio de inexcusabilidad y de la prohibición del *non liquet*, le permite al juez que no ha logrado formar su convicción necesaria en la causa en virtud de las pruebas rendidas, fallar con criterios claros predefinidos por el legislador. Coadyuva así esta regla con el principio de seguridad jurídica. La regla opera solo donde haya una duda para fallar el asunto y, desde luego, donde el legislador así lo haya dispuesto.

Michele Taruffo¹⁷ entiende que un hecho ha quedado incierto y por tanto debe operar la regla de juicio cuando: a) No se ha propuesto la práctica de medios probatorios, o estos no han sido admitidos y el órgano jurisdiccional no ha practicado pruebas de oficio; b) Cuando se han admitido pruebas sobre el hecho pero su práctica ha resultado fallida; c) Cuando se han practicado pruebas sobre el hecho pero su resultado no es concluyente y por tanto el hecho continúa incierto, y d) Cuando las pruebas practicadas sobre el hecho conducen a considerar que este no se ha producido. En todos esos casos, el juez, obligado que está de fallar, deberá aplicar las reglas de juicio, si es que el legislador las ha contemplado.

Por el contrario, cuando el juez ha adquirido la certeza necesaria sobre los hechos objeto del juicio, no opera la carga de la prueba como regla de juicio. En este caso deja de ser relevante la distinción entre autor y destinatario de la actividad probatoria, puesto que, *con independencia de quién haya introducido y practicado la prueba, el órgano jurisdiccional es*

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James (1936) *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, p. 82.

¹⁵ RICCI (2001) 348.

¹⁶ FERNÁNDEZ, Mercedes (2005) *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, p. 72.

¹⁷ TARUFFO, Michele (1995) "Onere della prova". *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. XIII, sezione civile, Turín: Utet, p. 66.

*libre para valorarla, encontrándose sometido exclusivamente al resultado que de ella se derive, sea o no beneficioso para la parte que la propuso*¹⁸.

Por otro lado, si bien las reglas sobre distribución de la carga de la prueba predeterminan la actividad probatoria que deberá realizar cada parte, ellas no son una regla absoluta, de modo tal que la inactividad probatoria de una parte no lleva necesariamente a desestimar su pretensión o resistencia. Es que la carga de la prueba corresponde a aquellas cargas que Goldschmidt denomina como menos perfectas. Una carga procesal es menos perfecta *cuando los perjuicios que son las consecuencias de la rebeldía, se producen solo arbitrio iudicis*¹⁹. Esto quiere decir que la parte que no produce actividad probatoria produce el efecto de poner en peligro la expectativa última de obtener una sentencia favorable. Pero no se produce el efecto necesario, como da a entender Adolfo Alvarado²⁰, de que quien debía probar un hecho y no lo hizo indefectiblemente perderá el juicio. Es muy probable que quien no aporte los medios de prueba referidos a su interés, no obtenga una sentencia favorable a su posición.

El tema que surge acá es si es adecuado y justo configurar esa distribución de los riesgos en el proceso bajo un esquema de cargas de la prueba como el actualmente existente y con un sistema probatorio confiado en el poder y capacidad de las partes para obtener las suficientes pruebas.

Es difícil dar una respuesta categórica y general a la pregunta recientemente formulada. Diego Palomo²¹ afirma que el sistema en general ha tenido buenos resultados. Pablo Bravo-Hurtado²² expresa que el sistema de carga de la prueba diseñado en el Código Civil funciona con una lógica de incentivos el que de una manera inteligente logra que los hechos resulten probados. Pero ambos autores luego, como se verá, dan cuenta que el sistema en ciertas situaciones no funciona correctamente.

Y el sistema desde luego no es perfecto porque en algunos casos no permite que los hechos resulten probados por carecer de los medios de prueba el que tenía la carga de aportarlos. Por otro lado, puede darse una crítica al propio sistema de carga de la prueba, el que con su diseño legal se aleja del fin de obtener la verdad en el proceso y antes bien, en vez de

¹⁸ FERNÁNDEZ (2005) 87.

¹⁹ GOLDSCHMIDT (1936) 100.

²⁰ ALVARADO, Adolfo (2006) "La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento". En Montero Aroca, Juan (coordinador): *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 243.

²¹ PALOMO, Diego (2013) "Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda la vuelta?". *Ius et Praxis*, Año 19, N° 2 p. 454.

²² BRAVO - HURTADO, Pablo (2013) "Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, diciembre p. 35.

tomar como referencia la realidad de los hechos acaecidos establece una apariencia de verdad de carácter meramente formal²³.

En todo caso, los sistemas procesales comparados, como se verá más adelante, hace un buen tiempo que se han dado cuenta de este fenómeno y han corregido las injusticias e ineficiencias que suele generar. Dicha labor la han realizado tanto los legisladores como los jueces conociendo de casos concretos.

En Chile Pablo Bravo-Hurtado²⁴ resalta que en algunos casos los jueces, para lograr que los hechos resulten probados, se han visto en la necesidad de alterar la carga de la prueba. Ello sucede porque la parte que según la regla del 1698 del Código Civil debía aportar los medios de prueba no se beneficia con la aportación de los mismos. De este modo, el sistema de carga de la prueba civil diseñado en el Código Civil por el legislador, que está basado en el beneficio para ambas partes gravadas, se ha visto alterado por decisiones de los jueces que buscan una mayor eficacia en la obtención de las pruebas.

Pero no solo los jueces con sus resoluciones judiciales se han hecho eco del problema que presenta en algunos casos el sistema de reparto de la carga de la prueba, sino que el legislador chileno y extranjero también lo han hecho.

Se trata de una preocupación política en cuanto un sistema de *onus probandi* de este tipo afecta en muchos casos a los sujetos más débiles. En otros casos no se pone el énfasis en una idea política de sujetos débiles, sino solo en la existencia de asimetrías de información entre las partes o especial dificultad para una parte para obtener las pruebas en su favor²⁵.

En estos casos se ha procedido a invertir el peso de la prueba o bien se establecen presunciones. En el caso de las presunciones, son establecidas por el legislador y son relativas. Esto quiere decir que el legislador establece reglas en virtud de las cuales se presume el hecho que una debiera probar y se atribuye a la otra parte la carga de demostrar lo contrario.

Michele Taruffo critica este sistema de presunciones por cuanto, no obstante ser justas o políticamente adecuadas, no parecen buscar precisamente la verdad²⁶. Y lo mismo que se dijo antes, es una construcción de la verdad en el proceso absolutamente formal, sin que le importe mayormente conocer realmente la verdad de lo acaecido.

Un sector de la doctrina propone otras modificaciones en el tema de aportación de las pruebas y, sobre todo, en lo que dice relación con la

²³ FERNÁNDEZ (2005) 330 y 331.

²⁴ BRAVO - HURTADO (2013) 35 y ss.

²⁵ CORRAL, Hernán (2012) "Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil". *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, U. de los Andes, Santiago de Chile, p. 109.

²⁶ TARUFFO (2010) 260

carga de prueba en la tutela de los derechos e intereses colectivos, como los ambientales. Como expresa Denti²⁷, es difícil pensar que las normales técnicas probatorias y el mismo instituto de la carga de la prueba puedan encontrar aplicación en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, sin que ello derive en un sustancial vaciamiento de las posibilidades de tutela. Dificultades de este género —expresa el mismo autor—, habrían inducido al legislador estadounidense, en la *National Environmental Policy Act* de 1969, a imponer una suerte de inversión de la carga de la prueba, obligando a los órganos administrativos establecidos para la tutela del ambiente a justificar su proceder. En este caso, si una persona demanda a dicha Administración por daño al ambiente, será dicha Administración la que tendrá que probar que la actividad autorizada no tiene efectos dañinos para el ambiente y que, además, no existían otras alternativas practicable.

El legislador ambiental chileno adoptó parcialmente este criterio de la inversión de la carga de la prueba, tratándose de la acreditación de la culpa en los daños al ambiente. En efecto, el artículo 52 Ley General de Bases del Medio Ambiente, dispuso que se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Como expresa Enrique Barros²⁸, esta norma establece una presunción de culpa —aunque la ley hable de presunción de responsabilidad— del autor de daño ambiental, en el caso que este haya infringido las normativas que dicho artículo 52 expresa. En este caso de infracción de dichas normativas, la culpa en el daño ambiental se presume, por lo que corresponderá a la empresa que causa el daño y no al actor probar que ha actuado con diligencia, lo que, a juicio del autor citado, le abriría solo la excusa de fuerza mayor²⁹.

Pero si se quiere lograr conocer la verdad de los hechos discutidos en el proceso, si esa es la finalidad a perseguir, antes que presunciones o alteraciones de la carga de la prueba, será determinante contar con la mayor cantidad de pruebas disponibles. Lo que se debe analizar es cómo se pueden obtener para las partes esas pruebas que a veces se muestran esquivas o difíciles. Sobre este punto trataré a continuación.

²⁷ DENTI, Vittorio (1982) *Un progetto per la giustizia civile*. Bolonia: Il Mulino, p. 227 y ss.

²⁸ BARROS, Enrique (1998) "Responsabilidad civil en materia del medio ambiente". *Derecho del medio ambiente*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Cono-Sur, Santiago de Chile, p. 53.

²⁹ BARROS (1998) 53.

(2.2.) HERRAMIENTAS PROBATORIAS CONTEMPORÁNEAS PARA CONOCER DE MEJOR MANERA LOS HECHOS DISCUTIDOS EN EL PROCESO

Comenzaré esta parte señalando que un diseño legislativo del proceso civil donde la iniciativa de aportar las pruebas al proceso depende solo del interés y la capacidad de las partes para obtener medios de prueba, no es eficiente para determinar la verdad sobre los hechos discutidos. En efecto, en un sistema de estas características las partes pueden tener todos los incentivos para ocultar la verdad³⁰. Asimismo, tienen también bastante dificultad para lograr que la verdad se imponga.

Los problemas probatorios más recurrentes en materia civil consisten en la no disponibilidad de la prueba, la que obra en poder de la contraparte o de terceros (por ejemplo ficha médica en poder de la clínica o del médico tratante), la escasa posibilidad de utilizar a la contraparte como fuente de información (limitada en muchos casos a la confesión de hechos que figura en un pliego confeccionado antes del interrogatorio) y al costo financiero elevado para realizar pericias (como la realización de un peritaje en casos de daños al medio ambiente), entre otros. Me referiré a continuación a estas tres situaciones que dificultan la disponibilidad de pruebas.

(2.2.1.) Documentos que obran en poder de la contraparte o terceros y deber de colaboración

Cuando un documento que beneficia a una de las partes en el proceso obra en poder de la otra, se pueden prever dos herramientas que pretenden beneficiar a esa parte que carece del documento. En primer lugar están las posibilidades de alterar la carga de la prueba por el juez. Es lo que se conoce como cargas probatorias dinámicas o reglas sobre facilidad y disponibilidad de la prueba. En segundo lugar se puede prever un deber de exhibición o aportación de la prueba, con mecanismos coercitivos para lograrlo.

(2.2.1.1.) Cargas probatorias dinámicas

Las cargas probatorias dinámicas también pueden ser conocidas como reglas sobre facilidad y disponibilidad probatoria, como existe en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

³⁰ DAMASKA, Mirjan (2000) *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 211.

El sistema tiene dos variantes. En un caso, el juez lo comunica con la debida antelación a las partes durante el proceso, para que puedan reacomodar sus estrategias defensivas. Es lo que sucede con la regulación dada por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

Otra modalidad consiste que el juez al momento de dictar sentencia atribuye la carga de la prueba a la parte que tenía mayor disponibilidad de aportar ese medio de prueba. Dicho de otro modo, en este último caso el juez construye una presunción que termina por atribuir la carga de la prueba a la otra parte, alterando la regla general del *onus probandi*. Esta es la situación del derecho italiano, donde los jueces en sus sentencias modifican el sistema de carga de la prueba regulado por el legislador por el artículo 2697 del Código Civil³¹. En este último caso, normalmente la parte no ha podido reacomodar su defensa y en algún sentido la decisión del juez lo sorprende y perjudica.

No es esta la sede para comentar con profundidad todas las críticas que la doctrina ha formulado a esta regla probatoria. Me limitaré a decir que en general no goza de buena recepción. Taruffo la tilda de excesiva³². Hernán Corral es mucho más crítico aún y señala que ella trastoca todo el delicado entramado de equilibrios, de pesos y contrapesos, del orden jurídico sobre las pruebas de los hechos y la forma en que las personas desarrollan autónomamente su vida en el ámbito del derecho civil. Por otro lado, señala que con este tipo de estándares es prácticamente imposible evitar decisiones cargadas de subjetividad e incluso de sesgo que terminan por desacreditar a los órganos de la judicatura y atenta contra el derecho de defensa y la imparcialidad de juzgador. Finalmente agrega que tal regla acentúa la litigación en vez de reducirla³³, lo que entiendo se debe a la imposibilidad de prever razonablemente cuál será la decisión judicial en determinada materia. Diego Palomo pone el acento en una posible afectación del derecho de defensa de las partes en juicio y, al igual que Hernán Corral, destaca una afectación del valor seguridad jurídica³⁴.

Sin duda que las cargas probatorias dinámicas pueden acentuar la discrecionalidad judicial y pueden pugnar contra el igual trato de las personas ante la ley. Sin embargo, hay que decir que esta regla es utilizada en otros sistemas procesales civiles, como en los EE.UU.³⁵.

Por otra parte, si el sistema prevé un aviso por parte del juez de que alterará la carga de la prueba antes de que las partes presenten todas sus pruebas, se minimizan, aunque no se eliminan del todo, los efectos contrarios que sobre el derecho de defensa tiene la institución.

³¹ TARUFFO (2010) 262.

³² TARUFFO (2010) 263.

³³ CORRAL (2012) 112 y 113.

³⁴ PALOMO (2013) 458.

³⁵ TARUFFO (2010) 262

Sin embargo, frente a los inconvenientes que presenta un uso discrecional y eventualmente abusivo de esta potestad por parte del juez, así como una posible afectación del derecho de defensa de las partes y una afectación del valor seguridad jurídica, se hace más aconsejable la utilización de la exhibición de documentos, lo que permite además acercarse de mejor manera a la verdad que si se opta por manipular el sistema de cargas probatorias.

Ahora bien, si lo que se quiere es lograr mayor justicia favoreciendo a sujetos más débiles o a sujetos que no tienen la suficiente disponibilidad probatoria, quizás la carga probatoria dinámica sea un instrumento adecuado. Lo mismo puede suceder con el establecimiento de presunciones y otras medidas que analizamos páginas atrás. Pero si lo que quiere lograr es aunar el mayor número posible de pruebas al proceso para así acercarse de mejor manera a la verdad, la utilización del deber de exhibición de documentos se ve como más eficiente³⁶.

(2.2.1.2.) Deber de exhibición de documentos

Alguna doctrina sitúa este deber de exhibición de documentos por la contraparte en una idea de deber o principio de colaboración entre el juez y las partes. Este principio de colaboración arranca de la premisa de que no puede obtenerse una correcta aplicación de la ley sin que los hechos sean verificados con la mayor adherencia a la realidad efectiva³⁷.

Este principio de colaboración se habría gestado con la Ordenanza Procesal Civil de Klein en Austria en 1895. En el modelo de juez prospectado por Klein, este tiene potestades para la conducción del proceso y la facultad de requerir la cooperación de ambas partes en relación con el tribunal³⁸.

Esta idea de un deber genérico de colaboración supone una evolución muy importante en relación al proceso civil de tipo continental como fue pergeñado a principios del siglo XIX. La existencia de un deber de colaboración supone dejar atrás una concepción adversarial a ultranza del proceso civil, ese proceso civil que Damaska suele denominarlo como proceso del *laissez faire*³⁹, para dar lugar, luego de la Ordenanza austríaca de 1895, a un proceso donde existen ciertas pautas de conducta exigibles tanto a las partes como a otros intervinientes en el proceso civil. Esta ten-

³⁶ En sentido similar se pronuncia PALOMO (2013) 462.

³⁷ DENTI, Vittorio (2004) *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, p. 52.

³⁸ PÉREZ (2014) 85.

³⁹ DAMASKA (2000) 224.

dencia, se dice, es observable desde fines del siglo XIX en la mayoría de los estados de Europa y Latinoamérica⁴⁰.

En Chile, hace algún tiempo se viene poniendo énfasis en la idea de la existencia de deberes para las partes. Así, Francesco Carretta sostiene que estos deberes, que ya existen en nuestro Código de procedimiento Civil desde hace décadas⁴¹, proveen utilidad al desenvolvimiento transparente cuyo interés corresponde al Estado.

Felipe Gorioitía es crítico del Código de Procedimiento Civil chileno vigente, el que por estar inspirado en principios procesales propios del período decimonónico y en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, no contempla de manera genérica una exigencia de comportamiento de las partes, limitándose solo a la regulación de casos aislados⁴².

Los deberes, a diferencia de las obligaciones que tienen efectos entre partes, tienen como referente al Estado. Por ello, en caso de incumplimiento se prevé generalmente la imposición de multas a beneficio fiscal o el arresto del infractor o la condena en costas⁴³.

Para un mejor funcionamiento de la justicia civil basada en el establecimiento verídico de los hechos discutidos, parece correcto que se establezcan deberes para las partes. Pero se puede discutir cómo regular ello en la ley; si como casos aislados y puntuales o bien como una cláusula general, y en este último caso, como un deber general de buena fe, de veracidad o de cooperación.

La Ordenanza procesal Civil alemana vigente, en su párrafo 138, contiene un deber de veracidad para las partes y demás intervinientes en el proceso civil. Alguna doctrina deriva del *discovery* estadounidense un genuino y general deber de colaboración de las partes en el proceso⁴⁴.

En algunos casos el deber de cooperación se deriva de una cláusula de actuar de conformidad con la buena fe. Pero la existencia de un deber de actuar según buena fe, aunque estuviese regulado en la ley, cosa que hoy en Chile no sucede, no puede llevar sin más a imponer deberes concretos para las partes y sanciones en caso de no cumplirlos.

⁴⁰ GORIOITÍA, Felipe (2008) "La buena fe en el proceso civil chileno". *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 2- segundo semestre, Universidad Viña del Mar, p. 133.

⁴¹ Como el deber de fundar o interponer seriamente una impugnación o recusación, cuyo incumplimiento trae aparejado una multa; o como el deber de alegar ante una Corte, cuando un abogado se ha anunciado previamente con el relator, entre otros casos. Vid. CARRETTA, Francesco (2008) "Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia". *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XXI - N° 1, julio, p. 114.

⁴² GORIOITÍA (2008) 134.

⁴³ CARRETTA (2008) 113.

⁴⁴ PEREIRA, Silvia (2012) *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*. Tesis doctoral, Universidad de Girona, depósito legal Gi. 279-2013, p. 115.

A mi modo de ver, deducir deberes concretos y sanciones de cláusulas generales (de actuar de buena fe o con veracidad), afecta de una manera desproporcionada los derechos procesales de las partes y el principio de legalidad y tipicidad.

Parece más sensato establecer ciertos deberes para las partes, exigibles aun coactivamente, como podría ser acompañar o exhibir un documento, pero no parece necesario derivarlos implícitamente de un deber de veracidad o de actuación según buena fe. Todo esto no quiere decir que la veracidad no sea un valor perseguible en el proceso, sino que el recurso a cláusulas generales de las cuales derivar deberes y sanciones no se ve adecuado.

En todo caso, si existiera un deber de veracidad o de buena fe regulado en la legislación procesal, este debe necesariamente conectarse con el derecho fundamental de defensa de la parte, como parte del respeto del debido proceso⁴⁵. Una especie de manto ético que pese sobre las partes en el proceso, del cual se derivarían deberes jurídicos y sanciones en caso de no cumplirlos, afectaría seriamente las posibilidades de defensa en juicio de las partes y sus abogados.

Algún sector de la doctrina estaría dispuesto a introducir cláusulas éticas generales, con efectos jurídicos, pero que no sea el de buena fe, por tener una carga conceptual compleja, como los estudios del derecho sustantivo lo demuestran. En este sentido, se propone introducir deberes generales de lealtad o de probidad, que con menor carga conceptual, lograrían los mismos objetivos⁴⁶.

Dicho lo anterior, agregaré mi parecer negativo a introducir cláusulas éticas generales en el proceso. Eso no significa por un lado que las partes tengan un derecho a mentir ni, de otro, a que el legislador no pueda imponer deberes jurídicos concretos a las partes.

Con lo señalado, parece más correcto permitir a las partes guardar silencio sobre determinados hechos y que no estén obligados a presentar toda la prueba disponible. En este sentido, no actúa fuera de la ley la parte que no presenta en juicio un documento que no le beneficia⁴⁷. Cosa distinta es que si el juez o la parte tienen noticia de que tiene ese documento en su poder, se le pueda exigir a esa parte que lo tiene que lo exhiba o acompañe, y si se resiste, podría ser multado o arrestado, como medida coercitiva. Pero mientras no se le pide la exhibición del documento, la parte no ha infringido ningún deber jurídico al no presentarlo.

El deber de exhibición de documentos se lo conecta a veces con el derecho a la prueba, como derecho constitucionalmente reconocido. En

⁴⁵ HUNTER, Iván (2008) "No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración". *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XXI - N° 2, diciembre, p. 167.

⁴⁶ GORIGOITÍA (2008) 157.

⁴⁷ Igual tesis es sostenida por PEREIRA (2012) 129.

este sentido, Silvia Pereira señala que las partes no tienen un derecho a que sus contrincantes les proporcionen determinados documentos o medios de prueba de que disponen, sino que se trata de un mandato dirigido al legislador para que apure los medios encaminados a recabar los medios de prueba retenidos injustificadamente por el otro litigante con el objeto de facilitar o hacer posible que aquel pueda obtener la satisfacción procesal de sus derechos⁴⁸.

Corresponda o no a una manifestación de un derecho fundamental, lo cierto es que, como lo expone Damaska⁴⁹, tanto en los países del *civil law* como del *common law*, durante el siglo veinte y dentro de las políticas de Estado de Bienestar europeo o el *New Deal* a este lado del Atlántico, se estableció como un deber para las partes el intercambio de información y, especialmente, la revelación de documentos en poder de la contraparte.

La legislación procesal civil chilena también reconoce la institución de la exhibición de documentos, en el artículo 349 CPC. Para que sea procedente se requiere petición de parte, que tenga directa relación con la cuestión debatida y que el documento no revista el carácter de secreto o confidencial.

El Código de Procedimiento Civil también contempla sanciones en caso de negativa injustificada, ya sea para terceros o para las partes. En efecto, se podrán imponer multas y arresto (art. 274 CPC), sin perjuicio de que, tratándose de la parte, pierda el derecho para hacer valer después en el proceso el documento, algo que Bentham⁵⁰ ya proponía en su tiempo.

En las propuestas de un nuevo Código Procesal Civil chileno se ha planteado la posibilidad de que ante la negativa de exhibición, además de otros medios de apremio, puede entenderse como reconocimiento del contenido del documento. Así, el artículo 270 del Proyecto de Código Procesal Civil del año 2009 presentado por la Presidenta Michelle Bachelet, contemplaba que *cuando por otros elementos de juicio, la existencia y contenidos del documento como el hecho de encontrarse en poder de la persona apercibida a presentarlo resultare manifestamente verosímil, la negativa a acompañarlo podrá ser estimada como reconocimiento de su contenido*. En el Proyecto de 2012 esa norma no se mantuvo.

La exhibición de documentos por la contraparte o por terceros se encuentra actualmente regulado en el artículo 308 del Proyecto.

En el Proyecto los apremios consisten en multas que no excedan de 2 Unidades Tributarias Mensuales y tratándose de la contraparte, además

⁴⁸ PEREIRA (2012) 29.

⁴⁹ DAMASKA (2000) 229.

⁵⁰ BENTHAM (2008) 597.

de la multa, podrá ser apercibida en el sentido que no podrá hacerlo valer después en el proceso.

Por otra parte, a través del tribunal, se prevé que se pueda pedir la exhibición de documentos que se encuentren en oficinas o servicios públicos.

Tratándose de la exhibición de un documento por un tercero, este puede exigir que en su propia casa se saque testimonio de los documentos por un ministro de fe.

Además, se prevé que del documento exhibido se dejará copia fiel para su incorporación al registro.

Asimismo, los gastos de exhibición que se hagan necesarios serán de cuenta del que solicite la medida, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas. Hasta acá lo que prevé el artículo 308 del Proyecto.

Especial relevancia tiene hoy en día la exhibición de documentos electrónicos. En este caso es de la máxima importancia una regulación que permita disponer del documento sin que se dé tiempo a la parte que posea el documento para manipularlo. En este caso se hace aconsejable disponer la exhibición del documento sin que se dé aviso o sin audiencia de parte. Esto era algo que Bentham⁵¹ ya visualizaba siglos atrás para las pruebas reales, como documentos. En algunos casos, señalaba, se debía poder tomar de improviso el medio físico, para evitar ser destruido.

Cabría adoptar la medida en casos de serio peligro que amenacen la integridad del documento o título. Ello es muy relevante en caso de documentos informáticos que se hallen almacenados en el computador del demandado (o futuro demandado), a fin de evitar que se formatee o altere el disco duro del computador, con el fin de suprimir lo que más convenga a sus intereses⁵².

El deber de exhibir documentos, ya vigente en Chile en el actual Código de Procedimiento Civil y perfeccionado en la propuesta de Reforma, es un deber procesal que, por cierto, supera el concepto y lógica de carga procesal.

(2.2.2.) Declaración de parte

Tradicionalmente se han distinguido las declaraciones que se pueden hacer en el proceso civil entre la confesión de parte y la declaración de testigos. Esta distinción es propia de los sistemas del *civil law*. La práctica de excluir o inhabilitar a las partes para declarar como testigos, al menos voluntariamente, es propia de los procesos judiciales escritos, donde apa-

⁵¹ BENTHAM (2008) 588.

⁵² PEREIRA (2012) 75 y 76.

rece plenamente coherente con este tipo de procedimiento⁵³ y especialmente con el sistema de prueba legal⁵⁴.

Se llega a afirmar que permitir o no la declaración de la propia parte en el proceso civil constituye uno de los principales elementos diferenciadores del procedimiento civil de los sistemas del *common law* y *civil law*⁵⁵.

Sin embargo, poco a poco ha ido perdiendo la validez y sentido de su exclusión y hoy en día se impone la figura de la declaración de partes⁵⁶. Como hitos de este cambio de paradigma están la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895. Muchos países europeos siguieron la propuesta austriaca (Hungría, Noruega, Polonia, Dinamarca, Suecia, etc.) Las reglas unificadoras de UNIDROIT/ALI también lo hicieron. De especial relevancia para Chile es que España se haya animado también a introducirla⁵⁷.

La confesión como medio de prueba ha recibido este último tiempo muchas críticas. Entre ellas se señala que solo tiene una finalidad autoinculpatoria que a menudo fracasa en la experiencia forense⁵⁸. Y solo sirve de algo la confesión en nuestro procedimiento civil cuando la parte no comparece a la segunda citación.

Hoy en día, cuando las partes concurren a las audiencias de absolución de posiciones, generalmente llegan muy preparadas para responder de modo tal que no cometan errores en sus respuestas. De este modo generalmente es poca la información que esta prueba entrega al tribunal.

Alguna doctrina ve en la confesión un acto de disposición, un negocio jurídico procesal⁵⁹ y por ello se critica su escasa utilidad como medio de prueba. Si la parte no quiere disponer de su derecho, no se obtiene nada con la citación a absolver posiciones.

La declaración de parte es el medio que hoy en día en muchos ordenamientos jurídicos sustituye a la confesión. Y tiene que producirse esta declaración sin la necesidad de la presentación de pliegos previos, sino que con la mayor libertad posible en una audiencia de prueba ante el tribunal.

⁵³ MARÍN, Felipe (2010) "Declaración de la parte como medio de prueba". *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, p. 129.

⁵⁴ GARCÍA, Ramón (2012) "El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria". *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, p. 148.

⁵⁵ GARCÍA (2012) 158.

⁵⁶ DENTI (2004) 52.

⁵⁷ GARCÍA (2012) 158 y ss.

⁵⁸ PALOMO, Diego (2014) "La fase de prueba". En Bordalí, Andrés *et al.*: *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar*. Santiago de Chile: Legal Publishing, p. 367.

⁵⁹ PALOMO (2014) 368; ORTELLS, Manuel (2007) *Derecho procesal civil*. Pamplona: Thomson Aranzadi, p. 381.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente, la declaración de parte debe versar sobre hechos personales del interrogado, esto es, hechos en los que haya tenido participación directa.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española se señala que la declaración de parte debe versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada.

En el Proyecto de Código Procesal Civil chileno se prevé la declaración voluntaria de la propia parte, así como la declaración decretada por el tribunal a requerimiento de la contraparte (artículos 331 y 332 del Proyecto).

De especial relevancia como medio de prueba que puede entregar información en el proceso es la solicitud realizada por la contraparte. En este caso la parte que lo pida deberá explicitar los hechos y circunstancias de los que supuestamente tendría noticia la parte que se quiere citar, los que deberán guardar relación con el objeto del juicio.

La parte citada a declarar estará obligada a concurrir personalmente a la audiencia, a menos que designe especialmente y por escrito a un mandatario para tal objeto, el que representará íntegramente a la parte con sus declaraciones.

El diseño de esta declaración prevé la posibilidad de oponerse por parte del apoderado a la pregunta formulada, lo que deberá resolver el juez, de plano o previo debate.

Finalmente, en el artículo 333 del Proyecto se prevé que si la parte debidamente citada no comparece a la audiencia de juicio, personalmente o debidamente representada, o si compareciendo voluntariamente o por citación de la contraria, no declara o da respuestas evasivas, el juez podrá establecer como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la contraparte cuando aparezcan razonables, coherentes y debidamente fundamentadas. En la citación se apercibirá al interesado acerca de los efectos que pudiera producir su incomparecencia, su negativa a declarar o sus respuestas evasivas, determinándose los hechos y circunstancias sobre los cuales se requiere su declaración o sobre lo que esta versará cuando sea voluntaria.

En la doctrina se pone acento en que las preguntas deben formularse de forma oral y no se valen ni preguntas ni respuestas previas por escrito. Además deben ser realizadas afirmativamente, con claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, las que en todo caso se tendrán por no realizadas⁶⁰.

⁶⁰ ORTELLS (2007) 384 y 385.

De especial relevancia, destaca un sector de la doctrina, es la declaración de personas jurídicas. Propone esta que no solo sea citado a declarar el representante legal de la entidad, sino también toda persona que haya intervenido personalmente en los hechos que involucran a la persona jurídica⁶¹.

Respecto del apercibimiento, Diego Palomo propone que al momento de proponerse la prueba debiera establecerse con suficiente claridad y precisión los hechos sobre los que versará la declaración de parte, lo que guarda coherencia con la exigencia de que en la citación se aperciba a la parte acerca de los efectos de su falta de colaboración, determinándose los hechos sobre los cuales se requiere su declaración. A su juicio esta consecuencia debiera ser impuesta por la ley y no debería operar como una mera facultad del juez⁶².

La declaración de parte no es desconocida en nuestro sistema procesal civil, por cuanto en el procedimiento para obtener la reparación de los daños al medio ambiente, regulado en la ley n° 20.600 de 2012, que establece los tribunales ambientales y su procedimiento, se la prevé⁶³.

La declaración de parte es una muy buena herramienta que puede ser capaz de entregar mayor información al juez civil. Y si la justicia civil debe basarse en la mayor aproximación posible a la verdad de los hechos discutidos, el nuevo Código Procesal Civil debe consagrarla intensamente. En todo caso, aun cuando el Proyecto no lo consagrara expresamente, un sistema de prueba libre debería darle la debida cabida, mientras dicho medio de prueba se muestre pertinente⁶⁴.

En definitiva, deben ser los jueces civiles bajo un sistema de valoración según sana crítica quienes deben dar credibilidad o no a lo que declaran las partes. Es esto lo que reclama un proceso civil oral con libre valoración de la prueba.

⁶¹ PALOMO (2014) 370; ORTELLS (2007) 384.

⁶² PALOMO (2014) 371.

⁶³ En la ley 20.600, en su artículo 41, se establece que la declaración de parte puede ser solicitada tanto por el demandante como el demandado, en la demanda o contestación, respectivamente. La forma de realizarla es de manera oral, en la audiencia prevista para ello. Las preguntas que se le formulan a la parte dicen relación con los hechos y circunstancias de la causa. Los abogados de cada parte pueden impugnar las preguntas, resolviendo el tribunal la impugnación. Asimismo, una vez contestadas las preguntas, los abogados podrán pedir aclaraciones de las respuestas realizadas. Finalmente, se establece una importante disposición sobre apercibimiento. En efecto, si quien debía comparecer no lo hace, se tendrán por reconocidos los hechos que se atribuyeron en la demanda o en la contestación, según sea el caso. En el caso que el citado comparece pero se niega a contestar, se tendrán reconocidos los hechos si la pregunta ha sido formulada de manera asertiva.

⁶⁴ Como existe hoy en día en materia de procedimientos de familia y trabajo. MARÍN (2010) 150.

(2.2.3.) **Financiamiento estatal o compartido de las pericias**

Hoy en día existen una serie de causas donde es establecimiento de la verdad depende fundamentalmente de la existencia de informes periciales. Ello es en materias de filiación y de daños al medio ambiente, entre las más relevantes.

En este tipo de causas, para el conocimiento de la verdad en torno a los hechos discutidos, se necesitan conocimientos técnicos o científicos especiales que van más allá de los conocimientos y cultura media del juez. No se trata que el perito con su informe u opinión sustituya al juez en su valoración y razonamiento, pero desde luego que le ayuda a una mejor determinación de los hechos en su sentencia.

Uno de los conflictos donde es especialmente útil la prueba pericial es el ambiental. La posibilidad de verificación de los hechos alegados por las partes en los procesos para la tutela de los intereses difusos o colectivos ambientales, dependerá en la mayoría de los casos de la posibilidad de contar con los medios probatorios adecuados para ello, y el medio probatorio más acorde con la compleja realidad técnica de los conflictos ambientales, es la prueba pericial⁶⁵.

En relación a la prueba pericial, como bien destacaron los jueces latinoamericanos que se reunieron en Ciudad de México a principios del año 2000 para discutir los problemas de acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica, la falta de recursos económicos de los litigantes y de apoyo técnico a los tribunales constituye un grave obstáculo para las posibilidades de desarrollo de tal prueba⁶⁶. En efecto, las pruebas periciales ambientales suelen tener un costo elevado, por lo que en muchos casos los actores no podrán pagarlos, especialmente los de escasos recursos⁶⁷.

Se precisa de este modo que el costo de las pruebas periciales en procesos civiles como los de tutela de los derechos e intereses colectivos ambientales, no sea asumido por el actor, es decir, el afirmado titular del interés colectivo ambiental, sino por el Estado. Ello será la situación gene-

⁶⁵ Como sostiene Vittorio Denti, la pericia constituye indudablemente, en el campo de la tutela ambiental el más importante instrumento de conocimiento y valoración de los hechos. DENTI (1982) 228.

⁶⁶ "Simposio judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El acceso a la justicia ambiental en América Latina". *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, 2000, p. 14.

⁶⁷ Al solicitarse tutela jurisdiccional de los derechos e intereses colectivos ambientales, lo que se pedirá, generalmente, es que una determinada acción que contamina o daña el ambiente cese, o bien, que se repare el ambiente dañado. En ambas situaciones, de obtener una sentencia definitiva favorable, el actor no obtendrá ninguna ventaja de contenido económico que pudiera compensar el gasto económico previamente realizado, salvo que se estimara la indemnización del daño moral o ya el daño biológico o existencial del actor, situación que actualmente nuestro ordenamiento jurídico no contempla. Y, por regla general, quien solicita la prueba pericial deberá pagar su costo, la mayoría de las veces, antes de llevarse a cabo esta.

ral en muchos casos, donde los demandantes no podrán financiar la o las pericias, aunque no se trate de sujetos pobres. La valoración de la pobreza en este tipo de procesos debe ser analizada de una manera diferente, por cuanto una pericia puede costar varios millones de pesos, lo que no es asumible por ninguna persona natural y quizás tampoco por personas jurídicas que se dedican a la protección del medio ambiente.

Las alternativas acá consisten en que el Estado pague a los peritos ambientales o que, a través de sus oficinas técnicas ambientales, ejecute tales pericias. Sobre esto abogábamos hace diez años⁶⁸.

Recientemente un sector de la doctrina reclama también por el financiamiento por parte del Estado de las pericias necesarias en materias civiles, siguiendo lo que se reguló en materia de procesos de filiación⁶⁹ y en el año 2012 con la ley 20.600 que creó los tribunales ambientales (art. 42).

Actualmente en el Código de Procedimiento Civil vigente el costo de los honorarios de los peritos y los gastos que se originen por la pericia deberá ser pagado por quien haya solicitado la pericia, salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre pago de costas (art. 411 CPC). Esta excepción establecida en la ley es interpretada por Palomo⁷⁰ en el sentido de que será financiada a mitad entre cada parte. Lo mismo sucederá en el caso que la pericia sea decretada de oficio por el tribunal o en aquellos casos en que proceda obligatoriamente.

En este punto el Proyecto de Código Procesal Civil mejora varios aspectos de la prueba pericial.

En primer lugar, establece que las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, momento donde se deberá acreditar la idoneidad técnica del perito.

En segundo lugar, establece un deber de objetividad en las pericias, ateniéndose en todo caso a los principios de la ciencia o a las reglas del arte u oficio que profesare el perito.

En tercer lugar, se expresa que los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de peritos corresponderán a la parte que los presente. En caso que el informe pericial haya sido ordenado por el tribunal, expresamente se señala que los honorarios del perito y demás gastos que deriven de su intervención serán pagados por mitades, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre las cosas. Pero no solo se aclara este punto en el Proyecto, sino que se establece que cuando quien solicite la pericia y acre-

⁶⁸ BORDALÍ, Andrés (2004) *Tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes, pp. 409 – 411.

⁶⁹ CORRAL (2012) 117.

⁷⁰ PALOMO (2014) 376.

dite que carece de los recursos económicos necesarios para pagarla, el juez podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo que reciba aportes del Estado, cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto (arts. 324 y 328 del Proyecto).

CONCLUSIONES FINALES

En las precedentes páginas ha quedado claro que los legisladores se han preocupado, ya desde fines del siglo XIX, de que las partes puedan defenderse adecuadamente en el proceso, teniendo la posibilidad de contar con medios de prueba a su favor.

Se trata de un movimiento que tiene que ver con la idea de un proceso civil administrado por el Estado, que tiene que encaminarse eficientemente hacia determinar la verdad de los hechos discutidos en la causa, subsidiando a aquella parte que no tiene las capacidades o posibilidades de demostrar aquellos hechos que benefician su posición.

De este modo, el proceso civil adversarial a ultranza, propio del momento político vivido a principios del siglo XIX en Europa y luego en Latinoamérica, es decir adscrito a un liberalismo extremo que supone abstención y una desatención por parte del Estado de las posibilidades de las personas para ver tutelados sus derechos e intereses que le reconoce el orden substantivo, dio paso, desde hace un buen espacio de tiempo, a un proceso civil adversarial moderado.

El proceso adversarial moderado supone que a las partes les sigue correspondiendo aportar exclusivamente los hechos en la causa, pero que al momento de probar, puede ser que necesiten de herramientas promovidas desde el Estado o de la coacción del derecho para fortalecer su posición.

Dejando de lado las posibilidades del juez para producir prueba de oficio, así como los casos que por razones de justicia, igualdad y favorecimiento de la parte más débil se establecen presunciones en general a favor del demandante, y también los casos de alteración de la carga de la prueba, se han analizado tres herramientas procesales que ayudan en las posibilidades que las partes puedan contar con medios de prueba.

En primer lugar se analizó un importante instrumento, conocido en nuestra legislación procesal civil desde antaño y que en el Proyecto de Código Procesal Civil se perfecciona, cual es el deber de la contraparte o de terceros de exhibir documentos. Este instrumento se ve mejor e inclusive más eficiente desde el fin de búsqueda de la verdad que las alteraciones de la carga de la prueba.

En segundo lugar, se estudió la herramienta de la declaración de parte, la que se considera que, en un proceso oral por audiencias, puede arro-

jar mucha más información que la actual confesión. Ello también viene propuesto en el Proyecto de Código Procesal Civil.

Finalmente, se analizó la posibilidad de que el Estado o que las partes a mitades financien pericias, que en algunos contenciosos, como los ambientales o de filiación, son indispensables para acreditar la pretensión de los actores.

Se tratan todas ellas de nuevas herramientas probatorias o un perfeccionamiento en su regulación, que tienen por fin realizar una justicia civil basada en el establecimiento verídico de los hechos discutidos en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVARADO, Adolfo (2006) “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. En Montero Aroca, Juan (coordinador): *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARROS, Enrique (1998) “Responsabilidad civil en materia del medio ambiente”. *Derecho del medio ambiente*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial ConoSur, Santiago de Chile.
- BENTHAM, Jeremías (2008) *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Valletta Ediciones.
- BORDALÍ, Andrés (2004) *Tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes.
- BORDALÍ, Andrés (2007) “Los poderes del juez civil”. En De la Oliva, Andrés y Palomo, Diego (coordinadores): *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BRAVO - HURTADO, Pablo (2013) “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21.
- CARRETTA, Francesco (2008) “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XXI - n° 1, julio.
- CORRAL, Hernán (2012) “Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil”. *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, U. de los Andes, Santiago de Chile.
- DAMASKA, Mirjan (2000) *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- DENTI, Vittorio (1982) *Un progetto per la giustizia civile*. Bolonia: Il Mulino.
- DENTI, Vittorio (2004) *La giustizia civile*. Bolonia: Il Mulino.
- FERNÁNDEZ, Mercedes (2005) *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- FERRER, Jordi (2010) “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”. En AA.VV. *La prueba y la decisión judicial*. Medellín: Universidad de Medellín.
- GARCÍA, Ramón (2012) “El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria”. *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2.
- GOLDSCHMIDT, James (1936) *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor.
- GORIGOITÍA, Felipe (2008) “La buena fe en el proceso civil chileno”. *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 2, segundo semestre, Universidad Viña del Mar.
- HUNTER, Iván (2008) “No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XXI - N° 2, diciembre.
- MARÍN, Felipe (2010) “Declaración de la parte como medio de prueba”. *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1.
- MATURANA, Cristián y RIVERO, Renée (2012) “Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo meramente académico”. *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, U. de los Andes, Santiago de Chile.
- ORMAZÁBAL, Guillermo (2011) *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons.
- ORTELLS, Manuel (2007) *Derecho procesal civil*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- PALOMO, Diego (2013) “Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda la vuelta?”. *Ius et Praxis*, Año 19, N° 2.
- PALOMO, Diego (2014) “La fase de prueba”. En Bordalí, Andrés *et al.*: *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar*. Santiago de Chile: LegalPublishing.
- PEREIRA, Silvia (2012) *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*. Tesis doctoral, Universidad de Girona, depósito legal Gi. 279-2013.
- PÉREZ, Álvaro (2014) “Retrato del juez y el rol de las partes (revisionismo garantista) del proceso civil a través de Klein y Wach”. *Revista de Estudios Judiciales*, N° 1.

- PICÓ I JUNOY, Joan (2006) “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. En Montero Aroca, Juan (coordinador): *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RICCI, Gian Franco (2001) *Principi di diritto processuale generale*. Turín: Giappichelli.
- “Simposio judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El acceso a la justicia ambiental en América Latina”, en *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, 2000.
- TARUFFO, Michele (1995) “Onere della prova”. *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. XIII, sezione civile. Turín: Utet.
- TARUFFO, Michele (2010) *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- VERDE, Giovanni (2002) “Le ideologie del processo in un recente saggio”. *Rivista di Diritto Processuale*, Año LVII (segunda serie), Nº 3, julio-septiembre.