

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



# Cargas probatorias dinámicas en el proceso por daño ambiental ante los Tribunales ambientales

ROMINA URRUTIA MUÑOZ

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: IVAN HUNTER AMPUERO

VALDIVIA - CHILE

2014

**INFORME MEMORIA DE PRUEBA**  
**CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL PROCESO POR DAÑO**  
**AMBIENTAL ANTE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES**

**ROMINA URRUTIA MUÑOZ**

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la tesis de la estudiante Romina Urrutia Muñoz, titulada “Cargas probatorias dinámicas en el proceso ambiental ante los Tribunales Ambientales”.

Para comenzar se debe indicar que el título con que se concibe la tesis representa cabalmente el contenido de la tesis dado que la autora busca contestar si es posible aplicar, en algún grado, las teorías de las cargas probatorias dinámicas en el ámbito de los procesos indemnizatorios por daño ambiental.

Para cumplir esta finalidad divide su tesis en cuatro grandes capítulos.

En el primero, denominado “Relevancia jurídica y social de los conflictos medioambientales”, la estudiante nos introduce en las singularidades del contencioso medio ambiental, considerando especialmente los bienes protegidos, los medios de prueba y el sistema de presunción de culpa por infracción de ley contenido en la ley 19.300. Se trata de un capítulo esencialmente descriptivo en que el estudiante se preocupa por realizar un repaso conceptual de los principales aspectos relacionados con la pericia. El desafío para la estudiante se encuentra cumplido, desde que se trata de una materia en que existe mucha y variada doctrina, habiéndose desarrollado un trabajo ordenado y preciso. Como capítulo introductorio cumple íntegramente su propósito, la bibliografía utilizada es suficiente y está correctamente empleada.

El segundo capítulo, denominado “Carga de la prueba y sus reglas de distribución”, se propone abordar algunos temas conceptuales de la carga de la prueba, haciéndolas aplicables a las demandas por responsabilidad ambiental. Para ello propone que la desigualdad de las partes constituya la causa esencial para sostener su aplicación. Es un capítulo sumamente relevante atendido el problema de su investigación. En general puede decirse que el capítulo está bien estructurado, razonado y escrito, tratándose una temática que cobra especial relevancia en la doctrina moderna.

En el tercer capítulo denominado “Conflictos por daño medioambiental en una sociedad en riesgo” parece ser un injerto extraño en una tesis que pretendía un orden lineal desde lo general a lo particular. La correcta ubicación de este capítulo debió ser en la primera parte de su tesis. Sin embargo, se encuentra bien concebido, la argumentación desplegada permite reafirmar adecuadamente la hipótesis y tiene una extensión razonable, está bien escrito y bibliografía utilizada es la disponible y correcta.

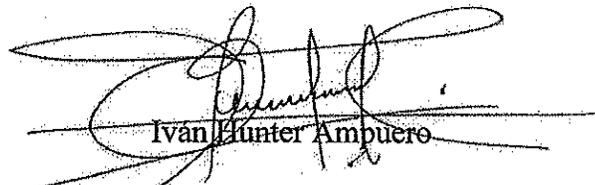
En el capítulo Cuarto, denominado “Cargas probatorias dinámicas como la mejor solución” se sitúa gran parte de la tesis hipótesis esgrimida por la estudiante. Se trata de un capítulo bien estructurado y escrito, con argumentos claros y sólidos.

La tesis tiene varios méritos, siendo el más relevante plantear una temática nueva y escasamente desarrollada en nuestro país. El tratamiento bibliográfico es adecuado y su extensión igual.

Puede afirmarse que la tesis tiene el grado de suficiencia necesaria para un trabajo de investigación de fin de carrera, y constituye una investigación cien por ciento genuina.

Todo lo anterior, este profesor es de evaluar con nota 6.5 (seis coma cinco) la tesis de la referida estudiante.

Se autoriza su empaste.



Ivan Hunter Ampuero  
Profesor Patrocinante

### *Agradecimientos*

Estos son para aquellas personas que de alguna u otra medida hicieron que llegara a este punto, los que no me dejaron desfallecer y me alentaron durante todo el proceso que significa cursar una carrera como esta.

A mis dos mamás, Mariela y Gladys, ustedes son la razón por la que necesito ser cada día mejor ser humano. Ustedes son mi orgullo y yo espero ser el de ustedes.

A Nadia Schlosser y Abdías Muñoz que fueron desde siempre mi pilar de amistad dentro y fuera de los campus universitarios y son el mayor regalo que la universidad me brindó.

A Cristóbal Herrera que significó un apoyo constante y permanente tanto en lo académico como en lo extracurricular.

Y para finalizar a mi esposo, Adrian Quezada, que llegó a mi vida para ser la persona que me complementa, me protege, me apoya y alienta a superarme cada día.

## Índice

Introducción	2
<i>Capítulo I</i>	
<i>Relevancia jurídica y social de los conflictos medioambientales</i>	4
a) Consagración Constitucional del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación	5
b) Protección legal contra daño ambiental. Tutela Jurisdiccional.	6
c) Medios probatorios en el sistema de protección por daño ambiental.	7
d) Análisis artículo 52 de la Ley 19.300.	9
<i>Capítulo II:</i>	
<i>Carga de la prueba y sus reglas de distribución</i>	11
a) Consecución de la verdad como sustrato de la carga probatoria	11
b) Significado de la carga de la prueba	13
c) Regla general de distribución de la carga probatoria. Diversas posturas	15
d) Reglas o mecanismos especiales de distribución; las Cargas probatorias dinámicas	17
a. Criterios para la distribución de las cargas probatorias dinámicas: normalidad, facilidad, disponibilidad, naturaleza de los hechos, beneficio.	18
b. Justificaciones a la utilización de la carga de la prueba dinámica: Desigualdad de las partes en el proceso por daño medioambiental.	20
c. Forma de incorporación de las cargas probatorias dinámicas.	21
i. De forma directa.	
1. De forma legislativa.	22
2. Caso a caso a juicio del Juez	23
ii. Mediante presunciones. Manera indirecta.	25
iii. Convencionalmente.	27
iv. Reducción del estándar de certeza que debe suministrar la prueba.	28
<i>Capítulo III:</i>	
<i>Conflictos por daño medioambiental en una sociedad de riesgo</i>	29
<i>Capítulo IV:</i>	
<i>Cargas Probatorias dinámicas como la mejor solución</i>	33
a) ¿Por inferencia o de forma directa?	35
b) Beneficios y perjuicios que presentaría su inclusión tanto al actor como al demandado por daño ambiental	35
<i>Conclusión</i>	37

## Introducción

Para todos es sabido que el medio ambiente es una preocupación latente en nuestros días, que fruto de la masificación y expansión productivas, el incremento acelerado de la población, el mal uso de las tecnologías acompañado de malas tendencias consumistas han provocado un deterioro progresivo de éste. Mientras que el derecho por su lado trata de imponer a la población un comportamiento de auto preservación ecológica, este no es suficiente por sí solo. Existe una búsqueda interdisciplinaria que pretende lograr la existencia humana compatible con la naturaleza y que a su vez posibilite la satisfacción de necesidades tanto públicas como particulares en el ahora y en el mañana.

El daño ambiental nos afecta a todos ya sea directa e indirectamente en la calidad de bienestar humano. Esto se desprende del valor colectivo que se le asigna al medio ambiente, como un bien jurídico protegido el cual no permite al individuo un uso y goce exclusivo ni excluyente<sup>1</sup> y por tanto poseen importancia especial respecto de la sociedad.

La Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 8, asegura a todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y en este contexto, me parece necesario profundizar en el sistema de defensa que tiene el ciudadano común, ya sea contra las grandes empresas o contra otros ciudadanos que producen deterioro al ecosistema, pudiendo realizar la conducta denominada “Daño Ambiental”, siendo necesario dilucidar con qué herramientas cuenta nuestro sistema jurídico para lograr dicha protección. En esta línea es que serán estudiados tanto las normas de carácter constitucional como aquellas de carácter legal que se refieren a la protección del individuo, como sujeto de derecho, al que se le ve vulnerado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y nótese de forma clara, no permitida por nuestro ordenamiento. Es decir, aquella que supera los rangos permitidos por la legislación vigente y que no hayan sido aprobados por el Sistema de Evaluación Ambiental.

El daño ambiental está definido según la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente en su artículo 2 letra e) como: *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”* y establece a su vez en el artículo siguiente la obligación de repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley por quien causare este daño si este fuera provocado de manera culposa o dolosamente. Responderá entonces por daño ambiental quien lo produce, siempre que éste haya actuado con dolo o culpa, siguiendo con esto las normas generales del Código Civil señaladas en el artículo 2329 que señala que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, debe ser reparado por aquella. Y es en este punto donde se

---

<sup>1</sup> BORDALI S., ANDRÉS. *Tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Editorial Fallos del mes en colaboración con Univ. Austral de Chile. Chile. 2004. Pp18.

centra el conflicto a resolver en este trabajo. Para lograr la reparación del daño sufrido resulta esencial probar la responsabilidad subjetiva, ya sea del dolo o la culpa, de quien ha incurrido en acción u omisión que genere el daño. El sistema así configurado parece proteger al autor por sobre la víctima, sobre quien descansa, además, el peso de la prueba, situación que en la mayoría de los casos resulta problemática<sup>2</sup>.

En el trabajo en cuestión, me he de preocupar de las características que diferencian este tipo de proceso, en especial me interesa esclarecer si nos encontramos en presencia de una desigualdad procesal *per se* de las partes<sup>3</sup> y si esta desigualdad es *prima facie* una causal suficiente para determinar una carga probatoria diferente a la regla general.

En este sentido, y de forma separada, es que analizaré el artículo 52 de la Ley n° 19.300, el que reza: “*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. Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditar relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido*”. De acuerdo a lo expresado por Barros<sup>4</sup>, esta norma establecería una presunción de culpabilidad más que de responsabilidad, lo que sólo traslada al demandado por daño ambiental, que a su vez haya incurrido en infracción de las normas referidas en dicho artículo, la necesidad de probar que actuó de forma diligente, más no libera al actor de probar el daño y el nexo causal. Mayor es el problema de probar que se le puede presentar al actor, si la demandada no infringe la normativa y el daño ambiental es producido de igual forma, teniendo el actor entonces, la carga de probar además la negligencia o dolo del demandado.

Las consecuencias de la falta de una mejor regulación al respecto que llene esta problemática procesal (ya que no estoy de acuerdo en denominarlo como un vacío legal) ciertamente pueden acarrear una vulneración al derecho de defensa para la parte “*débil*” en cuanto a no contar con las pruebas necesarias para respaldar su pretensión. Y peor aún, pueden generar en el vulnerado por daño ambiental una sensación de negativa de acceso a la justicia, debilitando su ánimo desde antes del inicio del proceso y frustrando la decisión de recurrir a los tribunales para la resolución de su conflicto.

Intentaré demostrar que el proceso seguido ante el tribunal medioambiental para lograr dicha reparación carece de mecanismos protección eficientes hacia la parte más desfavorecida en

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. *Manual derecho ambiental chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Chile 2001. Pp 113.

<sup>3</sup> HUNTER A., IVÁN. *La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil*. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. N° 2, pp. 53 – 76. 2011, Chile. pp 59-66.

<sup>4</sup> BARROS, ENRIQUE. *Responsabilidad civil en materia del medio ambiente*, en "Derecho del Medio Ambiente", Editorial Jurídica Conosur. Congreso Internacional, Facultad de Derecho, Univ. de Chile. Santiago, Chile. 1998 pp 53.

relación a la carga de probar; y que las normas que pretenden resguardar el derecho de defensa del actor, en especial la presunción legal consagrada en el artículo 52 de la ley n°19.300 no es suficiente por si sola para este fin. Además, me propongo demostrar que el sistema de responsabilidad subjetiva observada en su versión patrimonial clásica no entrega una adecuada salvaguardia al medio ambiente y recursos naturales, dejando como consecuencias graves repercusiones en la protección a la víctima que a fin de cuentas es la sociedad en su conjunto en virtud de la trascendencia colectiva del daño. El bien afectado no se refiere a un patrimonio individual, ni a la suma de éstos, sino que se refiere a una multiplicidad de valores humanos como la vida, la salud, el ecosistema o el bienestar en general.

Existiendo una gama de instituciones procesales que redistribuyen la carga probatoria de forma distinta a la regla general, no es arriesgado postular la conveniencia de la consagración legal de una o algunas de aquellas en el proceso seguido ante los Tribunales ambientales por daño ambiental, en consideración a las circunstancias especiales de este procedimiento y sus grandes repercusiones.

Se apreciará de forma resumida cuales son los mecanismos o medios para introducir las cargas probatorias dinámicas al proceso que carece de aquellas, cuales son los criterios a utilizar para determinar cuál de aquellas es la mejor opción para determinado caso y sus respectivas consecuencias tanto procesales como extraprocesales.

De forma especial se conceptualizara la doctrina de la sociedad de riesgo, la que se encuadrará con el conflicto ambiental y sus repercusiones procesales. Entrelazando ésta con los principios preventivos y precautorios. Principios que informan el derecho medio ambiental en Chile y en gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo.

Para concluir expondré porque creo que la mejor forma de soslayar la problemática ante una indefensión de aquella parte “débil” es la incorporación de las cargas probatorias dinámicas en el proceso seguido ante los Tribunales ambientales por daño ambiental de forma de abordar todas aquellas críticas que se revelarán a lo largo de este trabajo.

## *Capítulo 1*

### *Relevancia jurídica y social de los conflictos medioambientales*

Como punto de partida es necesario remarcar la importancia social que lleva aparejado cualquier conflicto medioambiental. Es así de definitivo. Todo conflicto ambiental, sin excluir a ninguno por su magnitud o lejanía, repercute en la sociedad en diferentes medidas y formas. Su impacto social radica en que las personas viven y se desarrollan en medioambientes, que a su vez, utilizan para explotar, producir y generar recursos que le permiten su supervivencia. Vida y

bienestar que tendrán en menor o mayor medida dependiendo de la calidad y estado del medioambiente en el que se desenvuelven.

El carácter supraindividual de los conflictos producidos por daño ambiental deja patentado la complejidad de su naturaleza, y lo imprescindible que resultaba en su momento consagrar legislativamente de forma sustantiva como procesal la protección de tales derechos. Se hizo necesario establecer de forma precisa los procedimientos de tutela efectiva como así mismo las características para otorgar una clara legitimación activa que facilite la posibilidad de accionar judicialmente para su protección.

Es así como daños medioambientales producidos por la fuerza de la naturaleza y casos fortuitos repercuten intensamente, y en el caso de la sociedad chilena, induciendo al despertar de la solidaridad y empatía de las personas por un lado y por otro al accionar del Estado que debe mitigar dichos daños en la medida de lo posible ya que como se verá más adelante se configura un derecho no solo negativo sino social que lo vincula.

Por otro lado, la relevancia jurídica se ve reflejada con mayor claridad cuando este conflicto se refiere a un daño del medioambiente provocado por una persona, natural o jurídica, y por lo tanto es posible incoar un proceso ya sea administrativo o judicial para que el responsable de aquel daño responda y trate de remediar la situación. Es posible identificar a un presunto culpable y esperar que el proceso lo obligue a reparar su daño.

*a) Consagración Constitucional del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.*

El derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación es asegurado a todas las personas por el art 19 n°8 de la Constitución Política de la Republica. Este no es un derecho que existe para asegurar otros derechos sino que está consagrado y garantizado por su importancia individual y autónoma pero que, sin embargo, presenta fuertes interacciones con otros derechos fundamentales como la Vida y la Salud. Se podría pensar que este existe como medio para garantizar la salud, ya que es fácilmente apreciable que un ambiente libre de contaminación permite en mayor medida gozar de una mejor salud y una buena salud a su vez permite el derecho a la vida. Pero hay que recordar que esta no es una cadena excluyente, puedo tener un medioambiente libre de contaminación o al menos en los límites legales permitidos pero no por eso necesariamente tendré buena salud o vida.

A pesar de que como derecho fundamental se encontraba consagrado desde la Constitución de 1980, idea que se incorporó en los trabajos de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución<sup>5</sup>, encontrando su consagración positiva en el Acta Constitucional n°3 de

---

<sup>5</sup> Creada por D.S. 1064 del 25 de octubre de 1973.

1976. Pero no es sino por la ley 19.300 que fija las bases del medio ambiente en 1994 que se consolida en nuestro país el interés por los temas medioambientales, teniendo en especial consideración la naturaleza y el ecosistema.

Este derecho fundamental está resguardado por el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República señalando que se podrá recurrir ante los tribunales de justicia cuando el derecho en cuestión sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. Y es ésta la mayor vía de resguardo utilizada, hasta estos días, incluso después de la instauración de los Tribunales ambientales, al tratarse de un procedimiento que no requiere el asesoramiento de un abogado para solicitar la intervención judicial y es de rápido accionar. En este sentido, creo que el recurso de protección tiene ventajas jurídicas y procesales en la protección del artículo 19 N°8. En primer lugar porque no me parece procedente la crítica general que realiza la doctrina sobre el recurso de protección en tanto desnaturalizaría derechos fundamentales. En el caso del derecho del medio ambiente, esto no sería así ya que la ley y la Constitución delimitarían de forma suficiente el contenido del derecho.

En segundo lugar, la utilización del recurso de protección con miras de proteger el bien jurídico del medioambiente permitiría que este mecanismo jurisdiccional otorgue su fin cautelar, sin que entre a conocer del fondo del asunto. En un razonamiento similar al anterior, en estas circunstancias el recurso de protección tendría una naturaleza eminentemente cautelar, asegurando un posterior procedimiento de lato conocimiento, que corresponde al procedimiento de daños seguido en tribunales ambientales. Con esta forma de operar del recurso de protección, evitamos que este se transforme en un contencioso no contradictorio, que es lo criticado por la doctrina, y cumpla su rol netamente instrumental<sup>6</sup>.

*b) Protección legal contra daño ambiental. Tutela Jurisdiccional.*

Existe un gran aparataje legal para la protección y resguardo del medioambiente. Encontramos entre estas la ley 20.600 que crea los Tribunales ambientales, la ley 19.300 que consagra las Bases generales del medio ambiente, la ley 20417 que crea Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Todas ellas funcionando en conjunto para sentar las directrices en las cuales la sociedad pueda desenvolverse respecto al ecosistema que lo rodea. Sin dejar de lado los cuantiosos reglamentos emanados del poder ejecutivo respecto de diversas materias relacionado al medioambiente y que dan una real aplicación normativa específica.

Respecto a la tutela Jurisdiccional legal, esta se encuentra consagrada en la ley 19.300, la que señala en su artículo 54 quiénes son titulares de la acción por daño ambiental: las personas

---

<sup>6</sup> Cfr. BORDALI S, ANDRES, *El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica* Revista de Derecho, Vol. XIX N°2, diciembre 2006, Valdivia. pp. 205-228.

naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Establece además que cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. Declara además esta misma norma, la competencia del Tribunal ambiental para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley 20.600.

El procedimiento, en tanto, lo encontramos en el Título III de la ley 20.600 con disposiciones comunes en los artículos 18 al 26 y en especial al procedimiento por daño ambiental del artículo 33 al 44. Establece, entre otros mandatos, la sana crítica como método de valoración de las pruebas exigiendo que el juez señale en su apreciación: “las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime”, tomando en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que logre su convicción.

*c) Medios probatorios en el sistema de protección por daño ambiental.*

La ley 20.600 admite todos los medios de prueba que sean obtenidos por forma lícita y que a la vez sean aptos para producir fe, es decir, que en este procedimiento no sólo serán válidos los medios probatorios estipulados en Código de Procedimiento Civil en su artículo 341 sino que cualquier otro elemento, que sin ser ilícito o que se haya obtenido de forma ilícita, pueda dar fe o información sobre el hecho del que basa su pretensión o defensa la parte que lo presenta, abriendo la puerta a nuevas posibilidades de prueba, sobre todo en los complicados aspectos técnicos que presentan los conflictos medioambientales.

Medios de prueba entendidos como "toda cosa, hecho o acto que sirve por sí solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio"<sup>7</sup> que sirven como mecanismos idóneos para conseguir la convicción del juzgador. Entre los nuevos medios de prueba a incorporar los que resaltan en mayor medida son las herramientas tecnológicas utilizadas para comprobar, por ejemplo, el nivel de saturación de las aguas de un río o lago, el daño producido a la fauna del sector a través de pruebas biológicas o las densidades de material contaminante arrojado al aire.

---

<sup>7</sup> COUTURE, EDUARDO J. *Vocabulario jurídico*. Depalma, 5° reimpresión, Buenos Aires, 1993. Pp. 405

Este adelanto procesal no es propio de este proceso sino que es usado en otros procedimientos especiales<sup>8</sup>, que flexibiliza la actividad probatoria y logra de mejor medida alcanzar el fin de lograr una verdad cercana a la realidad.

Asimismo el Juez podrá decretar, en cualquier estado de la causa, cuando resulte indispensable para aclarar hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes. Hechos que según el principio de aportación deberán ser introducidos solamente por las partes y que el juez no puede desconocer ni incorporar al procedimiento. La pregunta sobre este tema radica en qué diligencias probatorias podrá incorporar el juez, si sólo medidas para mejor resolver como lo estipula el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil o todo el nuevo aparatage probatorio que consagra esta ley, en cuanto declara admisible cualquier medio de prueba lícito. A mi entender y sobre todo considerando la frase: “que estime convenientes”, el juez podrá y deberá en caso de duda sobre un hecho utilizar el medio más apto para lograr su convencimiento.

No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe. Esto último siendo una clara representación del derecho de defensa que tiene cada parte para desvirtuar las pruebas presentadas por su contrincante.

En cuanto a los peritos hay que hacer un especial estudio, que más adelante será relacionado como un fundamento para conclusión final de esta tesis. El informe pericial es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido precisamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos y los pone en conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del magistrados. Se encuentra regulado en el artículo 42 de la Ley y señala que, una vez citadas las partes a oír sentencia cualquiera de ellas podrá solicitar al Tribunal que disponga la práctica de un peritaje. Asimismo esta prueba la puede también decretar el Tribunal en cualquier estado del proceso aplicando ciertas reglas estipuladas en el mismo artículo. Esta aplicación de este tipo de prueba en cualquier etapa del proceso podría ser un problema si las partes no poseen la capacidad para defenderse y desvirtuar dicha prueba científica, bien si no cuentan con una prueba de igual valor o peso –otro perito- por que no puedan proveérselas o por que no se encuentran en una etapa que las admita, lo que hace muy difícil que puedan escudarse frente a un ataque tan importante contra su alegación si esta se contrapone.

En un primer momento los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos mencionados en este artículo corresponderá a la parte que los presente. Pero

---

<sup>8</sup> Como por ejemplo el de Familia en cuanto a reclamaciones de paternidad y la incorporación de la prueba biológica de ADN para determinar la verdad o falsedad de la pretensión deducida.

excepcionalmente, y he aquí lo novedoso de esta institución, el Tribunal podrá eximir a la parte, total o parcialmente, del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo. Es decir, le reconoce un desequilibrio en su derecho de defensa al no poder proporcionarse ese medio de prueba por sí mismo. Falencia que se ve compensada con esta incorporación legal. Pero hay que tener consideración que no se refiere sólo al demandante como se podría pensar en un primer momento si no que deja la posibilidad para que incluso sean ambas partes las beneficiarias de esta prestación.

En este caso, el Tribunal regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales de la plaza y el porcentaje de la remuneración que no fuere pagada por el solicitante. La cantidad asumida por el Tribunal será de cargo fiscal. Para lo anterior, el Tribunal requerirá contar con disponibilidad presupuestaria para dichos fines.

Podrá el tribunal condenar al pago de las costas a la parte contra quien se dicte la sentencia como responsable del daño ambiental.

Cada una de las partes podrá designar un perito adjunto, que podrá estar presente en todas las fases del estudio y análisis que sirvan de base a la pericia. De las observaciones del perito adjunto deberá darse cuenta en el informe definitivo. El costo que represente la labor de estos peritos deberá ser asumido por la parte que lo designe. Y he aquí un nuevo problema, el posible desequilibrio técnico que podría encontrarse aquella parte que no cuenta con los medios económicos para proveerse de un perito contra la parte que si tiene dicha condición. Claramente se nos viene a la mente el ejemplo de un campesino alegando por daño ambiental producido sobre sus plantaciones contra una gran empresa multinacional que cuenta con un staff de peritos que le ayudaran a respaldar su postura.

En fin, la prueba pericial como prueba científica genera sobre ella un gran valor para el proceso, en cuanto indica y auxilia al juez en máximas de la experiencia con base científica<sup>9</sup>. Pero puede ser vista con temor de que el dictamen del perito sustituya de forma total o parcial la decisión de un juez que no sea experto en materia medioambiental, de tal modo que las palabras y decisiones del perito se conviertan en palabras y convicción del juez. Y es por este temor –bien fundado- que es tan importante la igualdad en la prueba pericial respecto de temas ambientales o cualquier otro tema técnico.

#### *d) Análisis del artículo 52 de la Ley 19.300*

Este artículo implanta una presunción sobre la responsabilidad de aquel al que se le imputa un daño ambiental si éste ha transgredido una serie de instrumentos tantos legales como reglamentarios para proteger el medio ambiente.

---

<sup>9</sup> Generando un margen o estándar de error que la sociedad está dispuesta a tolerar, más no la parte por la que se ve perjudicada con éste.

El artículo en cuestión dice: “*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. Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido*”. De lo anterior se puede desprender el sentido que el legislador quiso brindarle a esta norma, en virtud de invertir la carga probatoria al demandado que se le acusa de daño ambiental, siempre y cuando se compruebe en primer lugar que ha contravenido una o más disposiciones que se señalan. Es decir, que ya no es el actor el que deberá probar la culpa o dolo del demandado, sino que será éste el que deberá desvirtuar con todos los medios probatorios a su disposición la presunción iuris tantum de culpabilidad que actuó de forma diligente y conforme a la ley y demás regulaciones especiales.

Es por esto, y en concordancia a lo que señala Barros<sup>10</sup>, que entiendo que se trata de una presunción de culpabilidad más que de responsabilidad, ya que lo que presume es la imputabilidad de la parte demandada y no su responsabilidad inmediata, entendiendo ésta como la consecuencia jurídica por sus actos.

Esta presunción actúa en cierta medida como un contrapeso legal ante una dificultad probatoria que el legislador ha tenido presente, exonerando al actor de probar el hecho presumido pero no de probar el hecho de cuya presunción se establece, ya que no es considerado una verdad interina. En otras palabras, al actor le corresponde ya no probar que el demandado contaminante actuó con culpa o dolo pero sí que este ha infringido las disposiciones legales para que la presunción sea aceptada. Lo que se suma además la prueba que deberá aportar para comprobar tanto el daño como el nexo causal entre este y las acciones u omisiones en que ha incurrido el demandado.

En conclusión, y a mi parecer, esta norma no es por si sola suficiente para lograr un equilibrio probatorio entre las partes, ya que en primer lugar exige que se compruebe la infracción de lo dispuesto en el artículo 52. En caso de no ser así, sea que no se pueda comprobar o éste en definitiva no haya vulnerado dicha normativa, seguirá pesando sobre el actor toda la carga de la prueba, de modo que el demandante, si es que quiere ver por ganada su pretensión, tendrá que probar tanto la negligencia o dolo además del daño y la relación de causalidad entre la conducta y el daño. Este tipo de culpa con la legalidad<sup>11</sup> debería también estar amparado en la presunción ya que “el hecho de cumplir estrictamente con las disposiciones legales o reglamentarias no exime de adoptar las demás medidas de prudencia que las circunstancias requieran, y si el juez considera

---

<sup>10</sup> BARROS, ENRIQUE. Op Cit. Pp 53.

<sup>11</sup> Como lo nombra HUNTER, IVÁN. En *La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental*. Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005 Páginas 9-25.

que éstas habrían sido tomadas por un hombre prudente, podrá declarar culpable a quien no las tomó, aunque haya observado aquéllas"<sup>12</sup>

No se puede negar que en materia ambiental sobre todo en lo relacionado al daño ambiental existe bastante dificultad para probar los hechos, sobre todo en el nexo causal entre el daño y la conducta que lo produjo. Y por tanto mayor dificultad tendrá si el actor corresponde a una persona natural que tiene desconocimiento del tema y que sólo trata de evitar que el daño siga produciéndose o aumentándose.

De tal forma, estimo que si bien es cierto esta presunción aligera la carga probatoria del actor esta no se suprime por completo, por lo tanto no existe una inversión probatoria propiamente como tal y sólo sirve para gobernar estrategias probatorias de la parte ante los tribunales<sup>13</sup>.

## *Capítulo II:*

### *Carga de la prueba y sus reglas de distribución*

En este capítulo nos apartaremos un poco del conflicto ambiental para esclarecer el ámbito procesal de este trabajo, para posteriormente relacionarlos y presentar una respuesta a la hipótesis planteada de forma armónica.

Hondaremos en que se entiende por carga procesal a grandes rasgos vislumbrando cuales son los criterios para determinar una u otra forma de distribución de la carga probatoria, veremos la desigualdad de las partes como un enfoque a tener presente a la hora de justificar que criterio utilizar y por ultimo cuales son las formas de incorporación de estas en el proceso.

#### *a) Consecución de la verdad como sustrato de la carga probatoria*

Íntimamente relacionado con el análisis acerca de la carga de la prueba, y quizás como discusión subyacente a esta investigación, resulta oportuno referirse sucintamente a cuál es el objetivo de la prueba. Cuando hablamos de carga de la prueba, debemos pensar para qué construimos un discurso apoyando en este caso su dinamismo. Es necesario justificar tal lógica en la carga de la prueba, lo que nos conduce indefectiblemente a tocar el difícil tópico de la verdad en los procesos judiciales. Esta discusión es de magnitud tal que sólo se hará breve referencia a uno de los eslabones finales de tal entramado, descartando, por no ser parte de este trabajo, todo

---

<sup>12</sup> ALESSANDRI, A. *De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada, 2a edición, Santiago, 1983, p. 180

<sup>13</sup> TARUFFO, MICHELE. *La prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. Pp 153.

análisis sobre los pensamientos filosóficos o metafísicos sobre este tema. Se parte asumiendo, entonces, que la consecución de la verdad es un objetivo relevante de todo proceso judicial<sup>14</sup>. En mi opinión, existe una necesidad intrínseca de todo proceso, un valor deseado por los sistemas jurídicos por satisfacer la veracidad de los enunciados sostenidos por las partes. Para el juez, para permitir la eficacia de valores perseguidos por el Estado de Derecho, le es relevante que en la sentencia definitiva se demuestre un resultado favorable a quien haya podido acreditar según derecho lo manifestado en su pretensión o resistencia. Los procesos judiciales en general buscan, de esta forma, ser una manifestación de una realidad o verdad; verdad que no puede ser sino relativa, esto es, una verdad que tiene correlato suficiente en el mundo real y que no busca otorgar un contenido metafísico a la existencia de dichos hechos<sup>15</sup>.

¿Cómo ha de manifestarse este objetivo procesal en el proceso de responsabilidad ambiental? Ya se ha anticipado que la verdad puede defenderse como un objetivo esencial de un proceso judicial, sin embargo resulta necesario apuntar una distinción previa. Han de encontrarse matices en el alcance del objetivo “verdad” dependiendo del proceso judicial en que se trate. En este sentido, la responsabilidad civil debe cumplir objetivos distintos en función a la cantidad de sujetos a ser resarcidos por el daño cometido por otro. Podemos distinguir así dos justificaciones diferentes a la búsqueda de verdad, derivadas de la responsabilidad civil en un sentido clásico – en la lógica del Código Civil – y a la responsabilidad civil originada por la realización de un daño ambiental. El primer sentido de la responsabilidad civil aquí mencionado está fundado en una concepción liberal de la sociedad, otorgándosele al individuo una amplia libertad para la decisión sobre la protección de un derecho, su exigibilidad y disposición tanto dentro como fuera del juicio. El interés privado que recorre al proceso civil, cuando es discutido este tipo de responsabilidad, limita la consecución de la verdad a la voluntad de las partes<sup>16</sup>, por lo que sin dejar de ser objetivo jurídicamente relevante, la verdad cede su importancia en pos de otros valores. En este tipo de procesos, pueden tener mayor peso los tradicionales principios dispositivos y de oportunidad.

Por otro lado, se puede afirmar que existe un fundamento público tras la responsabilidad por daño ambiental. La responsabilidad civil, en esta segunda acepción, se ve dotada en su contenido por una noción que escapa al liberalismo clásico del Código Civil. Esto se debe a que el fundamento del Derecho Ambiental tiene un carácter eminentemente colectivista. Un acercamiento a una idea de lo “público” es poder entenderlo como un espacio en el que como ciudadanos iguales discutimos y decidimos sobre lo que va en el interés de todos, un espacio en el que la apelación al interés particular no tiene fuerza justificatoria<sup>17</sup>. De esta manera, podemos apreciar que lo “público” condiciona la relevancia de la verdad en relación con otros objetivos o

---

<sup>14</sup> BORDALÍ, ANDRÉS, Curso de Derecho Procesal I, Pp 86

<sup>15</sup> *Ibíd.*, Pp 86.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, Pp 86.

<sup>17</sup> ATRIA, FERNANDO, *Derechos Sociales Y Educación; Un nuevo paradigma de lo Público*, LOM Ediciones, Santiago, 2014. Pp. 233.

principios de los procesos judiciales. Mientras mayor interés colectivo en la justificación del proceso, mayor peso posee el objetivo “verdad judicial”, que de todas formas siempre está presente en la actividad jurisdiccional.

Al analizar los artículos 2 letra e), 3 y 52 de la ley 19.300, se pueden encontrar los matices que nuestro sistema otorga a la responsabilidad civil del agente que produce un daño ambiental. La metodología de este trabajo se enmarca precisamente en un análisis esencialmente civil de las consecuencias por daño ambiental. Pero no es menos cierto que dado el contenido del bien jurídico protegido, esto es, el medioambiente, podemos apreciar que lo sustenta un interés eminentemente público. Como ya se ha dejado entrever, el medioambiente puede ser considerado un derecho al que no puede atribuírsele un titular subjetivo determinado; nos debemos alejar de la concepción tradicional de los derechos y sostener que las personas, en tanto colectividad, son los titulares de tal derecho. Por lo demás, debe concluirse que sin perjuicio que los términos de la litis donde se discute el daño ambiental son esencialmente civiles<sup>18</sup>, el interés predominante no es privado, sino más bien público, por lo que la sentencia definitiva que resuelva el asunto debe tener como principio rector la consecución de la verdad sin restricciones en los intereses de las partes.

#### b) Significado de la carga de la prueba

Por regla general, la carga probatoria, también conocida por su máxima en latín “*Onus Probandi*”, se informa en nuestro sistema jurídico por el principio según el cual corresponde al actor probar los hechos constitutivos que afirma y, al demandado, los hechos impositivos, extintivos y/o modificativos que opone<sup>19</sup>, es decir, “*Onus probandi incumbit actori*” y es esta regla de distribución la que guía la mayoría de nuestros procedimientos jurídicos contenciosos. Esta se desprende del artículo 1.698 del Código Civil, el cual señala que: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”, determinando de este modo qué es lo que debe ser probado y por quién debe ser probado, pero ya no restringiéndose exclusivamente a las obligaciones sino a una universalidad de situaciones y hechos.

Lo anterior dice relación directa al Principio de aportación de parte, valor que se inserta dentro del debido proceso y que se refiera al derecho y carga que tienen las partes de aportar los hechos al proceso mediante la realización de afirmaciones de los supuestos facticos de las normas cuyas consecuencias se piden, afirmaciones –o negaciones- que únicamente puede ser obra de las partes.

---

<sup>18</sup> Sin perjuicio que la competencia de este contencioso radica en los Tribunales Ambientales.

<sup>19</sup> Cfr. AVENDAÑO L., IGNACIO. *Cargas Probatorias dinámicas en el proyecto del CPC*. Ensayo [http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Cargas\\_probatorias\\_dinamicas\\_en\\_el\\_PdCPC.pdf](http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Cargas_probatorias_dinamicas_en_el_PdCPC.pdf), (14.06.2013).

Carga de la prueba que puede ser estudiada como una carga procesal, es decir, como un derecho subjetivo procesal, confiriendo una facultad o poder a la parte, ya que el ejercicio de la misma se corresponde al interés propio de aquella que tiene esa carga, para alcanzar un determinado resultado o fin jurídico, en donde la realización de un acto se le presenta como algo necesario para prevenir un perjuicio procesal<sup>20</sup>, la que no corresponde asimilarla en ningún caso, a una obligación procesal. Es bajo esta dicotomía de Carga-Obligación que Carnelutti<sup>21</sup> expone que éstas difieren tanto en la sanción conminada a la no realización del acto, como al interés que protegen. Lo que ambos tienen en común es el elemento formal, consistente al vínculo de la voluntad pero cambiando en el elemento sustantivo.

Otra forma de analizarla es como una regla de juicio para el juez, que le dice cómo debe decidir cuándo un hecho no ha sido probado o se considera incierto<sup>22</sup> y que genere la problemática de una sentencia *non liquet*<sup>23</sup>, ya que nuestro ordenamiento consagra el principio de inexcusabilidad<sup>24</sup> de los jueces, regla denominada por algunos<sup>25</sup> como carga de la prueba en sentido material. Es decir, como una regla para el sentenciador que le indica cómo debe fallar cuando la falta o insuficiencia de prueba deje incierto el hecho jurídicamente relevante y controvertido en el proceso<sup>26</sup>.

Y de modo sólo indirecto, como una regla de conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos<sup>27</sup>, constituyéndose una carga de la prueba en sentido formal. Regla de conducta que indica cuál de las partes debe probar una afirmación de hecho determinada si no quiere sufrir la consecuencia jurídica por la falta de la prueba<sup>28</sup> ya que dentro del proceso se entiende como no existentes los hechos no probados.

Resumiendo, la carga de la prueba constituye una distribución del peso probatorio en virtud de la cual debe rechazarse o por lo no menos no puede acogerse una pretensión de una parte si la misma no logra probar las circunstancias fácticas que servirán de sustento al precepto

---

<sup>20</sup> GOLDSHIMDT, JAMES. *Teoría General del Proceso*. Editorial Labor S.A. Barcelona, España. 1936. Pp. 84.

<sup>21</sup> CARNELUTTI, F. *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo I. Traducción al castellano de Alcalá- Zamora y Sentís melendo. Bs. Aires, Argentina. 1944. Pp 53 y ss.

<sup>22</sup> MONTERO AROCA, JUAN. *La prueba en el proceso civil*. Quinta edición. Editorial Aranzadi S.A. España. 2007. Pp 124.

<sup>23</sup> En este sentido, MARTÍNEZ, PATRICIO. *El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional*. Revista Chilena de derecho. Pont. Univ. Católica de Chile. 2012, vol.39, n.1, Pp. 113-147. <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n1/art06.pdf> (21.07.2013) situación que se producía en la antigua roma cuando el magistrado o pretor en oportunidad de resolver el litigio carecía de pruebas sobre la veracidad de los hechos o de norma aplicable al caso pronunciaba estas palabras y se abstenía de dictar sentencia dejando subsistente el conflicto que había generado el proceso.

<sup>24</sup> Artículo 76 inc. 2° de la Constitución Política de La Republica y en los mismos términos, artículo 10 inc.2° del Código Orgánico de tribunales, que reza: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”

<sup>25</sup> ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. Editorial B de F ltda. 2° edición. Buenos Aires. Argentina 2002.

<sup>26</sup> Cfr. TERRASA, EDUARDO. *Cargas probatorias dinámicas*. Brevarios procesales garantistas. Editorial San Marcos. Perú. 2013.

<sup>27</sup> COUTERE, EDUARDO. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma Editor. 3° edición. Buenos Aires. 1958.

p241

<sup>28</sup> MONTERO AROCA, JUAN. Op cit. Pp. 127.

jurídico que ha hecho valer en juicio, debiendo el juez aplicar las reglas de carga de la prueba y hacer valer la sanción que produce la falta de existencia o insuficiencia probatoria a aquella parte que la ley señale como corresponsal de aquella carga. Esta regla opera en la etapa de dictación de la sentencia, una vez realizada la ponderación de la prueba, en caso de que esta inexistencia o insuficiencia probatoria radique en la no comprobación de uno o más hechos sustanciales en el proceso, la que derivará en una “fase de asignación de las consecuencias de la falta de prueba”<sup>29</sup>. Consecuencias que, según la regla general de la carga de la prueba, tienen que ser conocidas por las partes de forma previa a la traba de la litis, por consiguiente las normas relativas a la carga probatoria deben encontrarse establecidas de manera previa y general, sin que pueda deducirse del resultado del proceso en forma singular de forma que el juez sin importar las características propias de cada proceso, goce de una guía de cómo resolver en estos casos y evitar cualquier arbitrariedad o falta de fundamentación en la sentencia que pondrá fin al litigio.

Es esta consecuencia la que interesa para este trabajo ya que respecto a éstas es que se determinan las diversas reglas procesales de distribución de la carga probatoria, las que serán aplicables tanto para el juez como para las partes.

### *c) Regla general de distribución de la carga probatoria. Diversas posturas*

La regla general de distribución de la carga de la prueba no siempre fue la misma, evolucionó desde el origen del derecho en Roma hasta lo que conocemos actualmente en nuestro artículo 1698 del Código Civil. En un primer momento, en la antigua Roma el pretor o magistrado, luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser probados llamaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le correspondía probar cada uno de los hechos sustanciales y controvertidos sobre la exclusiva base de la mejor posibilidad de probar, so pena de tenerlo por inexistente si no lograba el cometido pesando el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado<sup>30</sup>.

Luego de muchos años esta forma de razonar cede su lugar al brocárdico jurídico “*El que afirma, prueba*”, donde la incumbencia de probar pesaba exclusivamente de forma objetiva sobre la cabeza del pretendiente, es decir, de quien había afirmado el hecho litigioso dejando al demandado o a quien niega el hecho la posibilidad de no actuar ya que no acarrea ninguna consecuencia jurídica, permitiéndole incluso con su inactividad dolosa ganar el litigio a pesar de que tenga facilidades para probar<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> SANTIBAÑEZ, CRISTINA. *Las cargas probatorias dinámicas*. Revista chilena de derecho del Trabajo y Seguridad Social. Vol. 1 N°1. Facultad de derecho Universidad de Chile. 2010. Pp 84

<sup>30</sup> Cfr. ALVARADO, ADOLFO. *La incumbencia de la prueba (Quién debe Probar)* Brevarios procesales garantistas. Editorial San Marcos. Perú. 2013. Pp 8

<sup>31</sup> En este sentido me adhiero a esta afirmación ya que no es pretendible exigir a una parte que aporte pruebas que desvirtúen su posición y lo conlleven incluso a perder el juicio.

Al comienzo la jurisprudencia, sin entender bien el concepto de carga de prueba, la hizo valer o pesar sobre ambas partes por igual<sup>32</sup>, mientras que con posterioridad una conocida doctrina norteamericana comenzó a insistir en la necesidad de lograr en el proceso una adecuada y justa ética de la solidaridad entre ambos contendientes, exigiendo para ello una plena y total colaboración entre partes en todo lo que fuere necesario para lograr la producción eficiente de cualquier medio de confirmación probatoria<sup>33</sup>.

En un llamado postmodernista, algunos jueces so pretexto de que la justicia merece un tratamiento ágil y eficiente desean volver al origen y recordar las incertidumbres del pasado pretoriano, cambiando las reglas procedimentales según sus propias opiniones variándolas en cada caso concreto según la facilidad o mejor opción de probar.

Pero por regla general para este trabajo y para nuestra legislación, acudiré a la clásica clasificación de Chiovenda que distingue entre los hechos constitutivos, por un lado, y los impeditivos, extintivos, y excluyentes, por el otro.

Hechos constitutivos, por lo general, son los que dan vida a la relación jurídica que se hace valer, siendo necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada<sup>34</sup> que normalmente son los actos o negocios que fundamentan la acción pretendida por el actor.

Por otro lado, los hechos impeditivos son aquellos que privan a otro hecho la facultad de desarrollar su efecto normal<sup>35</sup> ya sea porque afirma que la ausencia de alguno de los requisitos generales a toda relación jurídica o por que se refiere a la ineficacia del proceso como medio para debatir en el la pretensión<sup>36</sup>.

Los hechos extintivos, tal como lo señala su nombre, son aquellos que si bien no niegan la existencia del hecho o título sobre el cual el actor asienta su pretensión aluden a su extinción, es decir, hacen cesar las circunstancias que dan vida a la acción ejercitada.

Y por último, los hechos excluyentes son aquellos que otorgan al demandado un “contraderecho” que le permite paralizar, enervar o destruir la pretensión del actor. Son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan pero que una vez incorporado al proceso no podrá ser desconocido por el juez.

De lo anterior se podría pensar que los hechos constitutivos corresponde probarlos al demandante y los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes al demandado y a pesar que

---

<sup>32</sup> Lo que se conoce como la teoría del *Inquilino pudiente*

<sup>33</sup> Lo que aquí se entendería como la valoración de la conducta desarrollada por las partes como consecuencia del incumplimiento del deber de colaborar en el esclarecimiento de los hechos. PINOCHET CANTWELL, FRANCISCO. *Cargas dinámicas de la prueba: el modelo Chileno. Algunos comentarios sobre la propuesta de regulación legal*. Pp 321.

<sup>34</sup> DAMIÁN MORENO, JUAN. *Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil*. En *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. DE CORTÉS DOMÍNGUEZ Y OTROS. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2007. Pp 20.

<sup>35</sup> Ibis.

<sup>36</sup> ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. *La prueba judicial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006. Pp 45.

muchas veces corresponde con la realidad esto no siempre tiene que ser así. El demandado perfectamente podría ser el que le corresponda probar un hecho constitutivo si éste lo utiliza como medio para defender la desestimación de la demanda. Como sería el caso de una empresa demandada por daño ambiental que invoca un contrato con otra empresa encargada para tratar sus residuos por los cuales se les está demandando. Sería incorrecto pretender que sea siempre el actor al que le corresponda probar todos los hechos que introduzca en pos de su derecho, ya que podríamos correr el riesgo de que se presente lo que se conoce como prueba diabólica.

Como corolario de este análisis, en un primer momento corresponde probar a cada parte, como carga de la prueba, lo que le beneficie, de lo contrario sufrirá las consecuencias desfavorables ya sea a su pretensión o a su defensa. Esto no radica en ningún problema para las partes ya que este “beneficio” incentiva su acción probatoria. Las reglas generales de carga probatoria pueden ser vistas como incentivos. Y lo que busca el Código Civil con el criterio del beneficio es elaborar un sistema inteligente de distribución de incentivos que asigne la carga de probar, de un modo tal, que los hechos se prueben evitando que la carga de un hecho termine cayendo en manos de quién no está interesado en que ese hecho se pruebe, porque eso no lograría la meta final de la consecución de la verdad mediante el proceso<sup>37</sup>.

*d) Reglas o mecanismos especiales de distribución. Cargas probatorias dinámicas*

Todas las posturas diversas a la regla general podrían denominarse como cargas probatorias dinámicas ya que alteran el normal proceso de aportación de parte y las sanciones que traen aparejadas su no aportación. Pero existen detractores a designarlas como tal, ya que a su opinión, no se trastorna la carga si esta ya está descrita como tal en la legislación. ¿Pero qué sucedería si el sistema normativo en sí no contara con una clara regla general de distribución o al menos alguna que de indicios de esta? Sólo podría existir un dinamismo judicial ya que esta labor quedaría ya no en manos de la legislación que obvió la tarea de regular dicha materia – a propósito o por descuido- sino en las del juez que decidirá a través de diversos criterios cuál será la mejor forma de prorateo de las cargas probatorias.

Carga probatoria dinámica es por tanto una distribución diferente de la carga de la prueba, alterando quien debe proporcionarla al proceso si no desea sufrir el rechazo de su pretensión o defensa. Esta teoría sostiene que más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambos sujetos, en especial aquella que ostenta mejores condiciones para producir las pruebas requeridas. Esta nueva teoría no desconoce la regla general o clásica sino que viene a perfeccionarla o complementarla, flexibilizando su aplicación

---

<sup>37</sup> BRAVO-HURTADO, PABLO. *Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile*. Revista chilena de derecho privado. n° 21. Santiago. 2013.  
[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000200002&script=sci_arttext) (02.12.2014)

en todos aquellos casos en que quien debía probar según la regla tradicional se ve imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.

Dentro de esta denominación encontramos una serie de supuestos que pueden encuadrarse en esta dinamización probatoria que con base a diferentes criterios, como el de facilidad y disponibilidad, flexibilizan la actividad probatoria del proceso y equiparan de algún modo las desigualdades técnicas y económicas de las partes, que se observan sobre todo en el proceso seguido ante el Tribunal ambiental por daño ambiental.

*a. Criterios para la distribución de las cargas probatorias dinámicas: normalidad, facilidad, disponibilidad, naturaleza de los hechos, beneficio.*

Los criterios son normas, reglas o pautas para conocer la verdad o la falsedad de una cosa<sup>38</sup>. El legislador los utiliza de base para configurar tanto la regla general como las especiales de la carga de la prueba y determinar cuál es la mejor opción entre ellas. Estos criterios son principios correctores a la rigidez de una norma absoluta que aportan flexibilidad en los casos en que se observen que la aplicación de la norma de distribución probatoria general no resulta del modo más conveniente o justo.

Existen diversos criterios, entre ellos, y uno de los más usados, es el de la normalidad. Este criterio entiende que el acaecimiento de un hecho es considerado normal cuando sucede con cierta frecuencia o habitualidad, según el curso normal de los acontecimientos. Por esto, la mayor probabilidad de que un determinado hecho se haya desarrollado conforme a tales parámetros de normalidad pone su prueba a cargo de quien afirma un acaecimiento anormal o excepcional en ese contexto<sup>39</sup>. Es por esto que también se le llama criterio de probabilidad.

De lo que se desprende una Teoría de los hechos normales como regla y los anormales como excepción. Otorga la carga de la prueba a quien alega un hecho anormal ya que el normal se presume. Por normalidad debe entenderse toda situación que implique el respeto y el cumplimiento a la ley de tal forma que si esa normalidad es afectada por un hecho que la vulnere, nace para el demandante el derecho a ser reparado, por tanto le bastará solo probar el nacimiento de la obligación o del derecho y será el demandado quien tiene la carga de probar que dicha obligación o derecho se extinguió o prescribió. No es normal que una persona se encuentre obligada es por eso que debe probar el nacimiento de la obligación, ya que por normalidad se entenderá a la libertad jurídica, económica, física, el respeto por los derechos ajenos y el cumplimiento de la ley.

---

<sup>38</sup> <http://www.wordreference.com/definicion/criterio>

<sup>39</sup> LUNA YERGA, ÁLVARO. Regulación de la carga de la prueba en la LEC. Working Paper nº: 165. Barcelona, 2003 [http://www.indret.com/pdf/165\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/165_es.pdf) (10.12.2014) Pp 10.

Normalidad que rechaza el criterio estadístico y se refiere más bien al que es entendido como normal para el legislador ya que este acude a las hipótesis normales para fijar conceptos jurídicos como lo son las cargas probatorias y su distribución.

Este criterio, a mi parecer, es muy subjetivo y limitado, ya que no puede abarcar el sin número de posibilidades que podrían existir en la vida real, siendo útil como una guía legislativa para establecer normas especiales y casos determinados, pero no para constituirla como una regla de carácter general<sup>40</sup>.

El criterio de facilidad probatoria en cambio se adapta caso a caso, ajustándose a quien se encuentra en mejor posición para probar cierto hecho cuando las partes no se encuentran en igualdad de situación. Se trata de hechos que por su especial naturaleza ofrecen una gran dificultad de prueba por quien tiene la carga de probarlo y en cambio le resulta mucho más fácil a la contraparte la aportación de dicha prueba<sup>41</sup>. Ámbito que resulta plenamente aplicable en cuanto a la prueba en los procesos por daño ambiental, ya que por lo general el actor desconoce los actos y hechos que el demandado realizó con exactitud para provocar el daño ambiental o se encuentra ante una desigualdad técnica o económica – tema que será tratado en el siguiente apartado-.

Mientras tanto el criterio de disponibilidad probatoria, el que es en relación al criterio de facilidad probatoria una suerte de especie a género, hace referencia a una situación de acceso o cercanía de la parte con el medio de prueba o la fuente de prueba, ya sea material o intelectual, lo que significa que aquella parte que no le corresponde la carga de la prueba según las reglas generales tiene en su poder las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base para la pretensión de su contraria<sup>42</sup>.

A modo general se trata de supuestos en que una de las partes tiene un mejor acceso a las fuentes de prueba a su favor pero también a las que les perjudican. Esta facilidad puede radicar en que la prueba resulte más económica, rápida, fiable y segura de poderse practicar, o el caso de ciertos hechos negativos la prueba no se transforme en algo imposible de realizar.

Ambos criterios se basan en los deberes de colaboración de las partes en la actividad probatoria y en una buena conducta procesal de estas<sup>43</sup>, todo ello en busca de una verdad ajustada a la realidad. Siendo necesaria para su operatividad la posición de contraste entre las partes de tal manera que si ambas se encuentran en un igual nivel de disponibilidad o facilidad respecto a la producción de prueba, aplicar dicho criterio carece de sentido.

---

<sup>40</sup> DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. *Teoría General de la prueba judicial*. Zabalia. Argentina. 1988. Pp 485

<sup>41</sup> GONZALEZ GRANDA, PIEDAD. *Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC*. En *Carga de la prueba y responsabilidad civil* de CORTEZ DOMÍNGUEZ Y OTROS. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pp 55

<sup>42</sup> Ibid. Pp 55

<sup>43</sup> Cfr. PINOCHET CANTWELL, FRANCISCO. Op cit. Pp 316

También se nos presenta el criterio de la naturaleza de los hechos, criterio que ya fue observado anteriormente referida a la clasificación tradicional de los hechos realizada por Chiovenda<sup>44</sup> en cuanto a determinar cuáles son los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos y excluyentes. Esta clasificación puede servir de bases orientadoras tanto al legislador como al juez para determinar quién es el encargado de probar cierto hecho según la naturaleza de este sin tener en consideración si la parte es la demandante o la demandada.

Otro criterio es distribuir la carga de la prueba según el beneficio o interés que le genera a un parte la comprobación de ese hecho dentro del proceso, que le asegure ya sea la victoria en su alegación o en su defensa según sea el caso. Este criterio es ampliamente aceptado ya que provoca en la parte una voluntad personal a incorporar los medios probatorios en el proceso ya que su carga procesal está íntimamente aparejada a su beneficio directo.

Todos los criterios anteriores no sirven por si solos para determinar cuál es la mejor forma de distribuir la carga de la prueba. No es pretendible esperar que otorguen una explicación procesalmente automática con tendencia a trazar un criterio distintivo con valor universal.

*b. Justificaciones a la utilización de la carga de la prueba dinámica:  
Desigualdad de las partes en el proceso por daño medioambiental<sup>45</sup>.*

Uno de los pilares argumentativos para sostener la concurrencia de cargas probatorias dinámicas se encuentra en el análisis de las condiciones en que las partes litigantes se encuentran frente a un proceso judicial. En efecto, la legislación comparada ha advertido con mucha antelación a la nacional el desequilibrio fáctico que puede existir entre las partes en un determinado proceso judicial, sobre todo de índole civil. Desde fines del siglo XIX, en Austria e Italia el derecho procesal comienza a mutar desde la igualdad formal entre las partes hacia la igualdad material, ya que la realidad jurídica demostraba una situación digna de atención; los litigantes a menudo presentaban situaciones contrastantes en lo económico y cultural, por lo que la defensa jurídica no era equivalente<sup>46</sup>. Tales desigualdades pueden manifestarse de distinta manera, pero una clasificación extremadamente útil nos permite esquematizarlas en tres clases: desigualdades sustantivas, económicas y técnicas<sup>47</sup>. La primera se refiere a una relación de desequilibrio prejudicial entre personas, en la que una de ellas es capaz de imponer el contenido de una relación material a la otra<sup>48</sup>. Piénsese por ejemplo, por ser las más evidentes, las relaciones laborales entre empleador y trabajador o entre consumidor y proveedor. La segunda de las

---

<sup>44</sup> Ver página 16

<sup>45</sup> Este epígrafe se basa principalmente en HUNTER, IVÁN, *La Iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código procesal Civil*, Revista Ius et Praxis, año 17, n°2, 2011, pp. 56-73.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, Pp 58.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, Pp 59.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, Pp 60.

desigualdades hace alusión a la imposibilidad de la carece un sujeto, ya inserto en un proceso judicial, de proveerse de la prueba necesaria para acreditar sus alegaciones, no pudiendo ejercer correctamente sus cargas procesales<sup>49</sup>. Finalmente, la desigualdad técnica restringe para uno de los litigantes – es decir, sujeto procesal activo de un juicio- acreditar tal alegación o defensa por encontrarse en una situación de desmedro técnico con su contraparte. Situación ejemplificadora al respecto es la de un paciente que demanda a un médico por negligencia en su labor<sup>50</sup>.

¿Con cuál de estas desigualdades hemos de justificar una carga probatoria dinámica en el proceso de reparación ambiental? A mi juicio, en las dos últimas puede descansar el fundamento para utilizar cargas probatorias dinámicas en el proceso por daño ambiental. Ha de excluirse la primera de las clasificaciones sobre la desigualdad entre sujetos por exigir alguna relación contractual previa entre éstos, la cual no es el caso del proceso ambiental que es objeto de análisis en este trabajo. Este es esencialmente una situación de responsabilidad extracontractual en sede ambiental. Por el contrario, las otras situaciones de desigualdades son estrictamente procesales, y como tales, son perfectamente posibles en el proceso por daño ambiental. No es extraño, sino todo lo contrario, que una persona natural quiera responsabilizar a una empresa por daño ambiental y no tenga los medios suficientes para acreditar su postura (los casos de ciudadanos pobres contra empresas han sido varios en nuestro país, prefiriéndose por los primeros vías de hecho, como las protestas, para reclamar situaciones que consideran injustas); e incluso existiendo los medios para entablar una litigación en una relativa equidad, existe evidentemente un desequilibrio en lo técnico a favor de una organización compleja empresarial, quien cuenta con los medios tecnológicos para confirmar o desvirtuar la situación por la cual se le demanda. En resumen, el proceso por daño ambiental es una muestra bastante clarificadora de las situaciones de inequidad que pueden ocurrir entre partes en una litigación judicial. Y un mecanismo de cargas probatorias dinámicas, con origen en el derecho sustantivo, puede convertirse en un sistema objetivo de equilibrio entre individuos naturalmente desiguales.

### *c) Forma de incorporación*

La forma de incorporación dice relación a cómo estos mecanismos especiales de distribución son incluidos en nuestro sistema jurídico procesal, y dependiendo de cuál sea esta, traerá aparejado distintas consecuencias según cada caso. Trataré de esquematizar de la mejor manera posible cual son las vías de introducción de éstas, de modo que se puedan hacer una idea de las ventajas y desventajas que conllevan cada una.

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, Pp 63.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, Pp 65.

✓ De forma directa.

Este medio lo denominaré como forma directa ya que no existen mecanismos intermedios por los que deba pasar la decisión de distribución de la carga de la prueba ni es necesario realizar ningún otro proceso que nos ayude a determinar que se ha producido una alteración a la carga de probar un hecho con sus respectivas consecuencias. Son dos que a pesar de que ingresan de forma directa son totalmente diferentes, ya que la primera obedece a un mandato legal y la otra opera a través de facultades que la misma ley entrega a los jueces o a falta de esta.

(i) De forma legislativa.

Este medio de introducción se realiza al igual que todas las demás normas legales. Iniciando con una decisión política que desemboca en una norma positiva que determina una forma especial de distribución de la carga de prueba dando una instrucción al juez del contenido de la sentencia que debe pronunciar en caso de duda o falta de prueba, en todos aquellos supuestos que regule la norma.

El legislador, utilizando el criterio para la distribución de la carga de la prueba que estime propicio, regula qué parte es quien sopesa la carga de probar determinando con estas las consecuencias desfavorables si no cumple con la tarea de probar lo alegado.

Para algunos autores, esto no se trataría de una inversión de la carga de la prueba, sino de una regla de prueba especial. No es una inversión ya que sería la misma ley la que crearía una norma sobre un caso específico y no cambiaría para nada la regla general aplicada al restante de los casos no previstos por esta u otras normas especiales al respecto. Resultando en una mera sustitución, se trata de una regla legal más que excluye la aplicación de la norma general sin producir inversión alguna, pues la inversión se produciría a su juicio cuando se establecen criterios distintos a los legales- ya sea judiciales o convencionales-.

Mientras que para otros autores, estamos ante una clara inversión de la prueba, ya que la regla especial pone en juego una distribución complemente distinta a la regla general, y si esto es así, no se puede desconocer su carácter modificativo. Para mí, esta distinción es meramente nominal ya que los efectos en el proceso son exactamente los mismos, que es alterar la regla general con nuevos patrones distributivos de la carga probatoria para que tanto el juez y las partes sepan a qué atenerse a la hora de probar y decidir respectivamente.

La forma típica de estas reglas obedecería a grandes rasgos el siguiente esquema: <<la prueba de X corresponde a Y>><sup>51</sup>. Pero ha de tenerse cuidado con dicha premisa, no siempre es utilizada para invertir la regla general sino que se limitan, en muchas oportunidades, a

---

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Wolters Kluwer España S.A. España. 2006. Pp128

especificarla. Muchos de los casos que parecieran a primera vista observarse una inversión probatoria no son más que una concreción de la regla general que sólo busca dejar manifiestamente claro a quien le corresponde probar sin alterar de ninguna forma la regla general.

A pesar de ser normas procesales, estas normas de inversión tienen como características encontrarse en textos legales de naturaleza sustantiva como por ejemplo el Código Civil, el Código de Comercio, entre otros.

Este mecanismo de distribución no ostenta muchos detractores ya que al cumplir con las premisas básicas para que se convierta en norma procesal ya se encuentra legitimada políticamente. Por su parte, no ataca a los principios del debido proceso como por ejemplo el derecho a defensa, en cuanto otorga a las partes la información necesaria -antes de iniciar el proceso- sobre las cargas procesales que deberán soportar si solicitan socorro jurisdiccional para la solución de su conflicto y no a posteriori como sucede con otros mecanismos de distribución que serán vistas más adelante.

Esta debida antelación resulta esencial para que las partes puedan calcular los riesgos y beneficios que les acarrearía iniciar con un proceso, cual serían sus técnicas de alegación y de defensa. Esta etapa prejudicial es importantísima para alinear los métodos de ataque con los que se proveerán en el proceso si es que deciden iniciar uno.

#### (ii) Caso a caso a juicio del Juez

En este supuesto, ya no es un mandato legal el que le dice al juez como decidir si no existe prueba suficiente para tener por existente un hecho. Es el propio juez el que toma a su cargo la decisión de atribuirle el peso de la prueba a la parte que este estime conveniente. Maniobra que será realizada de forma casuística, analizando las particularidades de cada caso para que, en base a criterios flexibilizadores de la regla general esta sea alterada o modificada de ser necesario.

Existen situaciones donde la aplicación de la regla general acarrea injusticias procesales que no se pueden tolerar a los ojos de la jurisprudencia y está es la encomendada a resolverla mediante la inversión de la carga de prueba y por tanto a atemperar el rigor de tales reglas en el caso en concreto<sup>52</sup>.

En estos casos el juez determina un prorrateo de la carga de la prueba de forma diversa a la regla general realizando una inversión una vez haya comprobado la insuficiencia o falta de prueba en un proceso en concreto, realizando una interpretación abierta y flexible de las reglas sobre las cargas de la prueba. Dicho ejercicio se realiza, por lo general, cuando el proceso se

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*, Pp 142.

encuentra en etapa de dictación de la sentencia, donde las partes ya no pueden rendir más prueba ni defenderse de esta modificación.

Es por lo anterior que esta práctica tiene tantos detractores<sup>53</sup>, enunciando críticas que responden a una vulneración de los principios de defensa y de contradicción resguardados por el debido proceso. Sin olvidar el ataque al principio de seguridad jurídica ya que se podría decir que no se sabe a ciencia exacta si el magistrado cambiará o no las reglas del juego una vez terminado este.

El ejercicio de realizar esta inversión probatoria por parte del juez se realiza una vez finalizado el proceso probatorio de las partes. Es en esta etapa donde opera la regla de la prueba y no antes, siendo preciso estar presente ante una insuficiencia o falta de prueba para que opere dicha regla o sino el juez simplemente fallara en torno a estas y ya no será necesario la aplicación de la regla de inversión ni siquiera es atendible la aplicación de la regla general ya que no existen dudas respecto de los hechos.

Siendo necesario también que exista una disparidad entre las partes. He aquí donde los criterios antes estudiados pasan a ser fundamentales para la decisión del juez, ya que serán estos los pilares sobre los cuales recaerá el razonamiento para resolver si la inversión de la carga de la prueba es procedente. Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria son utilizados por esta modalidad de inversión de la carga de la prueba como criterios principales a la hora de entender si el caso concreto se ajusta a los parámetros que el mismo magistrado tiene para radicar una carga probatoria diferente a la general.

Son estos parámetros, diferentes para cada juez, los que también son merecedores de críticas. Dejar al arbitrio de cada juzgador las facultades necesarias para realizar una modificación al régimen general de la distribución probatoria es para algunos algo totalmente descabellado. Esta corriente no acepta dichas facultades y desconoce en estos casos la imparcialidad de aquel que tiene en sus manos la decisión sobre un conflicto jurídico imputándole a este una especie de beneplácito por la parte débil.

La incorporación de las cargas dinámicas por esta vía puede darse tanto por qué la propia ley es la que les permite a los jueces la facultad de poder alterar la carga de la prueba, claro que bajo criterios que la misma ley señala, o a falta de esta, pero nunca contra legem. El juez jamás podrá desconocer la ley ni siquiera so pretexto de una resolución más acorde a la justicia.

Caso diferente es cuando la ley nada dice, y el vacío legal es llenado por la jurisprudencia la que a su vez se ve nutrida con los concesos y trabajos de la doctrina. En este caso, el juez al no tener una regla de distribución de la carga de la prueba positivizada y no poder excusarse de fallar sólo puede guiarse por lo que los criterios antes mencionados le aconsejen y, será él quien

---

<sup>53</sup> TARUFFO, MICHELE. Op. Cit. Pp 154.

determine cuál es la mejor y justa forma de distribuir la carga probatoria entre las partes con sus respectivas consecuencias.

A mi parecer todas las críticas antes mencionadas se podrían soslayar si el magistrado diera un aviso previo de que si no se reúnen las pruebas suficientes para esclarecer el caso podría darse la situación de una inversión de la carga de la prueba. Dicho anuncio debería ser en una etapa previa a la aportación de las pruebas pero posterior a la aportación de los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes.

Con esta solución las partes y los letrados que las defienden tendrán a bien aportar todos los medios de prueba de que disponen y además podrán prever las estrategias de litigación que estimen más convenientes para sus pretensiones.

✓ Mediante presunciones. Manera indirecta.

La inversión de la carga de la prueba se puede producir de manera indirecta a través del empleo de presunciones que encubren una distribución especial.

Existen dos tipos de presunciones legales y las judiciales y entre aquellas se diferencian a su vez las de hecho o también llamadas *iruis tantum*, y las de derecho, denominadas presunciones *iuris et de iure*. Las presunciones legales, son consideradas mecanismos de naturaleza probatoria, pero no como un medio de prueba<sup>54</sup>. Pueden definirse según la doctrina científica y de cierto modo por la jurisprudencia como un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado (hecho indicio), se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (hecho presunto), que es a su vez el supuesto factico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos<sup>55</sup>.

La estructura típica de estas reglas sería: << Se presume X si se cumple Y>>. El hecho base Y permite, una vez acreditado, deducir el hecho presumido X, pues entre éste y aquel se establecen, de acuerdo con las reglas del criterio humano una relación, nexo causal, lo suficientemente directa como para realizar dicha inferencia.

El hecho indicio corresponde a un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido<sup>56</sup>. El nexo lógico, en tanto, corresponde a máximas de la experiencia sobre las cuales un hecho de difícil prueba queda indirectamente acreditado por la prueba del hecho base – prueba que, en la mayoría de las veces, suele ser más fácil-. Nexo que debe ser susceptible de ser racionalmente comprendido y compartido por todas las personas, como un juicio de probabilidad cualificada.

---

<sup>54</sup> ALVARES SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, PEDRO. *Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. En *Carga de la prueba y responsabilidad civil* de CORTEZ DOMÍNGUEZ Y OTROS. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pp 77

<sup>55</sup> MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit. Pp128

<sup>56</sup> Según la definición de indicio en el Diccionario de la Real Academia Española [Http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=inEKVboWWDXX2NuHCG3f](http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=inEKVboWWDXX2NuHCG3f)

Si esta máxima es recogida por la ley nos encontraremos ante una presunción legal, mientras que si es formulada por el juez, será una presunción judicial, respondiendo a las reglas de la sana crítica.

El hecho presunto es el corolario de la inferencia lógica que servirá de sustento a las pretensiones de la parte beneficiada con la presunción. Este hecho es el que debe ser alegado por la parte, ya que definirá un nuevo panorama de posibilidades y cargas para las partes.

Las presunciones legales vienen a influir en la distribución de la carga de la prueba, en un sentido de exoneración de la carga de la prueba –viéndolo en perspectiva a la inversión de la carga de la prueba- de una parte en perjuicio de la otra, ya que será esta última la que tendrá que contraprobar que el hecho base no existe o el nexo causal no es tal que dirima necesariamente en el hecho presunto si la presunción corresponde a una *iure tantum*. En cambio si se trata de una presunción *iuris et de iure* a la parte perjudicada sólo podrá tratar de probar la inexistencia del hecho base ya que este tipo de presunción se caracteriza por fijar el hecho presumido de modo tal que, una vez probado el hecho base, no cabe aportar prueba en contrario del mismo.<sup>57</sup>

Las presunciones son reglas de la carga de la prueba en sí mismas consideradas por lo que no deberían tratarse como un complemento de las reales cargas de la prueba. Estas por sí solas determinan una forma especial de distribución atribuyéndole la carga de la prueba de un determinado hecho a una de las partes.

Aunque existe cierta doctrina que entiende que las presunciones no inciden en la carga de la prueba ya que ésta es observada una vez se haya comprobado la inexistencia y falta de prueba, la presunción, en cambio, entraría en juego en la fase de fijación de los hechos, de modo que si estos han sido probados, no tiene sentido hablar de la carga de la prueba.

A mi entender las presunciones si producen diversos efectos en la carga de la prueba y de manera relevante sobre los hechos que cada una de las partes deba probar, así como sobre las consecuencias de que la parte perjudicada por la presunción no haya aportado las contrapruebas necesarias para desvirtuar la eficacia del hecho base<sup>58</sup> produciéndose una alteración en el *thema probando*, es decir, en los hechos que las partes tienen que acreditar.

También existen las falsas presunciones o presunciones aparentes, las cuales se diferencian de las presunciones en sentido estricto ya que éstas suponen que la parte favorecida por ellas no tienen que acreditar hecho base o indicio alguno, sino que el hecho presumido se considera tal, sin que quede constancia de hecho base alguno<sup>59</sup>. Éstas, a pesar de tener en su literalidad el término de presunción realmente responden a una estructura de una norma

---

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. Op. Cit. Pp136.

<sup>58</sup> *Ibid* Pp132

<sup>59</sup> *Ibid*. Pp 139.

sustantiva<sup>60</sup> la que llevan a deducir no un hecho de otro hecho sino una consecuencia jurídica, simple o compleja. También denominadas verdades interinas, éstas se asemejarían más a una ficción legal que a una presunción, prescindiendo de la dualidad de hechos y de la relación entre los mismos, estableciendo una consecuencia jurídica vinculada a una situación predeterminada.

Pero esto no significaría que no afectan a la distribución del *onus probandi*. Es más, su incidencia es aún mayor que las presunciones en sentido estricto, ya que son normas de distribución de la carga de la prueba directas que se encuentran encubiertas con esta falsa denominación de presunciones.

Las presunciones son ampliamente utilizadas en nuestra legislación para realizar una modificación en la carga de la prueba como por ejemplo la presunción de paternidad dentro del matrimonio del artículo Art. 184 inciso 1º, la presunción de que el poseedor de la cosa se reputa dueño según inciso 2º del artículo 700 y la presunción de la buena fe del artículo 707, todas del mismo cuerpo legal, el Código Civil.

La finalidad de estas presunciones es la facilitación de la carga probatoria a una parte, la que resulta favorecida por esta presunción, exonerando parcialmente la prueba de los hechos que, de acuerdo con ella tenía la carga de verificar. Es facilitación se realiza modificando el *thema probandi*, afectando el contenido de la carga de la prueba, la que a su vez tiene su reflejo en la actividad probatoria de la parte litigante contraria.

Dicha facilitación no es una respuesta caprichosa del legislador o del juez, sino que responde a ciertos criterios como el de facilidad o disponibilidad probatoria, inclusive al de normalidad. Respondiendo a situaciones en las que la prueba directa puede resultar particularmente difícil o gravosa<sup>61</sup>

✓ Convencionalmente.

También ha existido una doctrina, reducida, de que la distribución de la carga de la prueba podría darse de forma convencional por las partes ya que no hay orden público procesal en materia transigible y que por tanto el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante.

Mediante pactos extraprocesales entre las futuras partes del litigio en el marco de una determinada relación jurídica se invierte convencionalmente la carga probatoria. Esto se desprende del principio de libertad contractual-o libertad de configuración interna- por el cual las partes poseen las facultades para pactar libremente los términos y condiciones de un contrato. Lo

---

<sup>60</sup> ALVARES SANCHEZ DE MOVELLÁN, PEDRO. Op. Cit 97

<sup>61</sup>.Ibid. Pp105

anterior sólo puede darse si no existe una norma legal que lo prohíba expresamente, situación que en Chile no se presenta.

La modificación convencional de la carga de la prueba se produce, pues, en aquellos casos en que la ley permite a las partes de una relación jurídica la regulen a partir de pactos que establezcan un contenido de la misma distinto al previsto legalmente y que afecten de modo indirecto a la distribución de la carga de la prueba.<sup>62</sup>

A mi opinión esto no es de todo tal ya que las normas procesales son de orden público y por tanto indisponibles, y una vez inserto en el proceso las partes se allanan a las normas sobre las cuales el proceso se configura no pudiendo modificarlas a su antojo, a pesar de que no exista norma que lo impida expresamente.

✓ Reducción del estándar de certeza que debe suministrar la prueba.

Existe otra doctrina, también reducida, que entiende que la posibilidad de reducir el estándar de certeza que debe suministrar la prueba en el momento de su valoración corresponde a una carga probatoria dinámica. Como una facilidad probatoria en beneficio de una de las partes, que acarrea a la parte perjudicada por ello la carga de aportar prueba que desmienta o destruya el razonamiento del juez.

El litigante consigue liberarse de las consecuencias negativas que acarrea la carga de la prueba siempre y cuando logre convencer al juzgador sobre la certeza de los hechos sobre los cuales recae dicha carga. ¿Pero qué es certeza exactamente? Se refiere a un término no inequívoco pero que se define como el conocimiento seguro y claro de algo<sup>63</sup>. En la vida muy pocas cosas son de certeza absoluta y en la práctica judicial son poco menos que inexistentes, aunque caben altos grados de convicción o certezas bien fundadas, éstas no son más que un nivel de convencimiento sobre un hecho determinado sobre la cual ha de darse un juicio.

Es normal decir que el juez debe llegar a un estándar de certeza sobre los hechos alegados en las pretensiones de las partes, el que por lo general está fijado por la propia ley en términos similares a: *“Un convencimiento o certeza moral rayana en la plena convicción subjetiva o excluyente de toda duda razonable.”*<sup>64</sup>. Pero puede ser razonable entregar en ciertos casos, cuya prueba se hace imposible, un estándar de certeza imperfecta situada por debajo de los rangos normales de convicción, para poder liberarse de la carga de la prueba y sus correspondientes consecuencias, a través de una graduación de la intensidad de la verosimilitud de las pruebas.

---

<sup>62</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. *Op cit.* Pp174

<sup>63</sup> Definición de la Real Academia Española <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=kUe8DE18hDXX2Zj2CAW>

<sup>64</sup> ORMAZÁBAL S., GUILLERMO *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.2004 Pp 125

Esto es así, por ejemplo, cuando las normas procesales hacen referencia a la apariencia de buen derecho o a la aportación de un principio de prueba que nos lleve a fijar como cierto un hecho.

Existen dos maneras en las que puede operar: la primera se basa en la equiparación de dicha certeza imperfecta a la certeza plena. En virtud de dicho umbral de certeza rebajado, los hechos alegados por la parte sobre los que cuales recaen su carga probatoria son tenidos como ciertos y por lo tanto su carga material de la prueba queda saldada. Se trata de una probabilidad cualificada justificada para socorrer la indigencia probatoria de determinados litigantes que, de otro modo, verían sus pretensiones condenadas al fracaso.

La segunda manera no realiza dicha equiparación sino que aludida la verosimilitud no plena puede dar lugar a una inversión de la carga probatoria, de modo que sin tener por fijados los hechos sobre los cuales se ha alcanzado certeza imperfecta, se atribuyen al otro litigante el riesgo de su no esclarecimiento. Aquí el litigante que tiene en su espalda la carga de probar aporta indicios, elementos o datos que producen en el juzgador un ánimo de certeza imperfecta ya que sugieren la verosimilitud de los hechos o incluso una impresión o apariencia mínimamente fundada, por lo que el *onus probandi* dejará de gravar a aquella parte y pasará a recaer sobre la contraria. En un caso por daño medioambiental una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido el hecho en cuestión, el daño ambiental, correspondería al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, excluyendo la carga de la prueba para el demandante tanto del nexo causal del daño y la culpabilidad de su contraria.

Estas dos maneras de reducir el estándar de certeza en post de una de las partes pudiera parecer totalmente arbitrario, pero en igual sentido de las cargas probatorias dinámicas, esta encuentra su fundamentación en otorgar facilidad probatoria a una de las partes que se encuentra en un desequilibrio probatorio que escapa de sus posibilidades y es virtud de aquello que el legislador busca subsanar dicha desigualdad.

No aceptaría que dicha reducción de certeza fuera aplicada por los jueces de forma discrecional sino que ésta debe ser encuadrada en la ley y en los casos específicos que la propia determine.

### *Capítulo III:*

#### *Conflictos por daño medioambiental como una sociedad de riesgo*

He decidido plantear el tema de la sociedad de riesgo de forma diferenciada, y poder abarcar de mejor manera la complejidad que ofrece esta institución. Entendiéndola como

producto del vertiginoso incremento del riesgo en bienes como la salud o la vida, provocada por el propio hombre, dejando de lado las fuerzas naturales que escapan de su control. Incremento que proviene del imponente desarrollo tecnológico y que presenta como resultado un cambio básico de los potenciales peligros, la gran complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y el aumento en la sensación de inseguridad y desorientación.<sup>65</sup>

Precisemos un poco más esta noción de sociedad de riesgo. La formulación actual de la teoría de la sociedad de riesgo se debe al sociólogo alemán Ulrich Beck desde la publicación de su obra *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* en 1986, mismo año en que coincidentemente se produjo el accidente nuclear de Chernobil<sup>66</sup>. Este concepto, de gran influencia en la doctrina alemana iuspublicista, se obtiene oponiéndolo a otra categoría; la de peligro. De esta forma, el peligro ha de entenderse como una idea cuyas causas son naturales, como las catástrofes naturales o las epidemias, siendo tendiente el esfuerzo del ser humano a controlar dichas situaciones no provocadas que ponen en riesgo la vida y la salud de las personas. Por el contrario, el riesgo no tiene un origen natural ajeno a la voluntad humana, sino que es fruto precisamente de su actividad, principalmente tecnológica. Esta acción humana no es azarosa o fortuita, sino que se debe a una decisión o manifestación de voluntad consciente en determinado sentido<sup>67</sup>.

Esta distinción permite rescatar una idea relevante para efectos de este trabajo. En el devenir del mundo actual, se puede afirmar que los riesgos superan cuantitativamente a los peligros. Hasta hace algunas décadas, la tecnología enfocaba parte importante de su desarrollo al control de naturaleza, a evitar situaciones de peligro para el ser humano que no fueran creadas por éste. Hoy, por el contrario, nos encontramos con un panorama sustancialmente diferente. Satisfechas las necesidades elementales (idea que no deja de ser ambigua y peligrosa), la tecnología ha dejado de lado, implícitamente, la prevención de peligros para convertirse en la principal fuente de riesgos para la propia sociedad<sup>68</sup>.

Una nota que es importante destacar en el marco de la sociedad de riesgo en que nos encontramos todos aquellos países con un estado de industrialización o de manufactura presente a lo largo de todo el territorio estatal, es que la noción de daño ambiental, objeto de este trabajo, no es el único barómetro sobre el cual deben equilibrarse el medioambiente y el riesgo asociado a la modernidad. Antes que ello ocurra, el derecho ambiental ha desarrollado un par de principios, entre otros, que le otorgan un contorno a la disciplina y que son relevantes mencionar aquí. Me

---

<sup>65</sup> ORMAZÁBAL S., GUILLERMO. Op. Cit. pp 10.

<sup>66</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Editorial Ariel S. A. ,Barcelona, 1999. Pp. 29.

<sup>67</sup> *Ibíd.* Pp. 30

<sup>68</sup> *Ibíd.* Pp.30. En esta conclusión, sin embargo, debe realizarse una prevención importante. Se está pensando en la evolución peligro – riesgo en sociedades o países que han alcanzado un “estándar mínimo” de desarrollo industrial. No se debe olvidar que aún existen países, en lo que se conoce como “Tercer Mundo” en que no es posible concebir siquiera que los avances técnicos permitan palear condiciones básicas de evitación de peligros, en el sentido en que se está utilizando. En todo caso, esta advertencia es válida para todo lo que concierne este trabajo.

refiero a los llamados principios preventivo y precautorio. El primero de ellos puede explicarse, en términos generales, como la anticipación a los eventuales daños ambientales, puesto que su reparación es imposible o es muy costosa<sup>69</sup>. Ha sido recogido en varios convenios internacionales ratificados por Chile<sup>70</sup>, así como en el mensaje de la ley 19.300, en la que se estipula:

*“Mediante este principio se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos.”*

La prevención, entonces, expresa la primera necesidad de un sistema jurídico de protección medioambiental, donde el principio de la responsabilidad por el daño sólo tiene cabida de forma subsidiaria, siempre y cuando el principio preventivo no cumpla su objetivo de anticipación al daño ambiental. Es tal la importancia y jerarquía de este principio, que toda la regulación ambiental chilena actual sienta sus bases en torno a esta lógica de la prevención. Así, nos encontramos en la ley 19.300 con el artículo que recoge la primacía de esta lógica anticipativa. Prescribe el artículo octavo de esta ley:

*“Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 solo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”.*

Aquí encontramos la culminación de la consagración del principio preventivo. Ningún proyecto o actividad, de la índole que sea, será susceptible de afectar al medioambiente según lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 19.300, ni puede ser realizado sin que sea aprobado previamente mediante su ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental. El sistema jurídico chileno establece que no puede iniciarse sin más una actividad, sin un previo análisis que mida sus consecuencias y efectos en el medioambiente. Sólo luego de haberse cumplido los estándares que las leyes ambientales exigen para tales actividades, pueden iniciar sus actividades efectivamente dichos proyectos.

En segundo lugar, encontramos al principio precautorio que encuentra su contenido en el principio n° 15 de la Declaración de Río de 1992, norma internacional ratificada por nuestro país<sup>71</sup>. En este texto internacional se dispone que:

---

<sup>69</sup> Apuntes de clases cátedra de derecho ambiental Uach, profesor RIESCO, VLADIMIR, año 2012

<sup>70</sup> Estas normas internacionales son: Convenio Internacional Relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de accidentes que causen contaminación por hidrocarburos de 1954; Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982; Convenio de Viena sobre Protección de la Capa de Ozono de 1985 y su Protocolo de Montreal de 1987; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992.

<sup>71</sup> El origen de este principio como tal puede encontrarse en lo desarrollado por la doctrina alemana, con el objetivo de proteger la salud humana de ciertos productos químicos, donde se extendió su aplicación a los recursos naturales y ecosistemas. En el ámbito internacional, se encuentra presente en otros instrumentos además del citado, donde se debe destacar: Primera conferencia internacional de protección del mar del Norte de 1984 y la recomendación n° 164 del Consejo sobre prevención y control integrado de la contaminación de la OCDE, de 1991.

*“En caso de riesgos o daños graves e irreversibles al medioambiente o la salud humana, la ausencia de certeza científica absoluta no podrá servir de pretexto para postergar la adopción de medidas efectivas de prevención del deterioro ambiental”.*

En la escena internacional se ha depurado a qué se refiere y cuáles son los alcances de este principio precautorio. En ese marco, la Comisión Europea considera que las medidas precautorias deben regirse por un análisis de costo-beneficio. Pero por sobre todo debe imperar un criterio de revisión; las medidas deben ser susceptibles de revisión a la luz de nuevos antecedentes científicos. Como complemento a lo último, la Declaración de Winspread de 1998, propone generar procedimientos abiertos, informados y democráticos, que incluyendo a las partes potencialmente afectadas, consideren una amplia gama de alternativas, entre las cuales debe primar una alternativa principal: la abstención<sup>72</sup>.

Para los efectos de este trabajo, el principio precautorio tiene una consecuencia de importancia. Posee un efecto de inversión de la carga de la prueba, ya que quien genera el riesgo de daño grave e irreversible a la salud humana o al medioambiente debe demostrar la inocuidad o seguridad de su actividad, de la sustancia o producto que pone en el mercado. En otras palabras, el principio precautorio justifica la adopción de una carga probatoria dinámica en sede ambiental.

Dado lo anterior, cómo no ha de encuadrarse entonces los conflictos por daño ambiental en esta construcción dogmática. Claramente, el daño ambiental genera una preocupación constante, actual y futura. Para poder permitir el desarrollo económico, entre otros, es necesaria la aceptación de márgenes tolerables de contaminación, a los que se refieren por ejemplo la regulación de emisión para centrales termoeléctricas<sup>73</sup>. A dicho riesgo no puede además agregarse un impedimento probatorio que impida prosperar la acción resarcitoria y que resulte en una imposibilidad de esclarecimiento<sup>74</sup>. Por lo que tanto legislador, tribunales y doctrina tratan de brindar un socorro a ese actor, a través de mecanismos procesales que incluso se confunden con el régimen de imputación de responsabilidad.

En este último sentido, de imputación de responsabilidad, se puede aportar una última noción acerca del concepto de sociedad de riesgo. Para Montero la sociedad de riesgo corresponde a una creación jurisprudencial de que quien crea un riesgo fuera de lo normal, por mucho que su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar si este le genera beneficios, salvo que pruebe que actuó de forma prudente y diligentemente, lo que a su vez se traduce en una norma de carga de prueba que exonera al actor de probar la presencia de culpa por parte del demandado<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> <http://www.derecho-ambiental.cl/2013/04/el-principio-precautorio.html>. Blog académico destinado al debate de la actualidad ambiental chilena e internacional. (14.01.2015)

<sup>73</sup> D 13 del Ministerio del Medioambiente. D.O. 23.06.11.

<sup>74</sup> ORMAZÁBAL S., GUILLERMO. Op. cit. Pp 13

<sup>75</sup> MONTERO A., JUAN. Op. cit. Pp. 141

#### Capítulo IV:

##### *Cargas Probatorias dinámicas como la mejor solución*

Para finalizar, tratare de demostrar la necesidad de inclusión de las cargas probatorias dinámicas en el sentido expresado por Bentham ya por el año 1823:

*“Entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. (...) Se dirá, es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma, tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas”.*<sup>76</sup>

Siendo en esas fechas ya una respuesta lógica ante un problemática que se presenta no sólo en los procedimientos por daño ambiental, considero ineludible ofrecer a los actores jurídicos medios para resolver ante esta problemática probatoria y lograr con ello que la convicción judicial se impregne de la certeza jurídica tan deseada en la consecución de la verdad.

Existe, como ya se dijo, una idea del contenido que comúnmente asignamos al *onus probandi*, siendo esta la regla general<sup>77</sup> aplicable a la mayoría de los procedimientos contenciosos. Pero dicha regla general no siempre ha sido tan evidente y es en esta búsqueda infructuosa de una regla única<sup>78</sup> que surgen otros tipos de distribución que viene a flexibilizar la rigurosidad en que habían caído las reglas de la carga de la prueba, y que en casos especiales conducía a una dificultad en su aplicación. Esta nueva distribución no pretende en caso alguno desconocer la regla general, sino que busca complementar o perfeccionar dicha aplicación, contemplando un desplazamiento del *onus probandi* en todos aquellos supuestos en donde quien debía probar según la regla clásica se encontraba impedido de hacerlos por motivos ajenos a su

---

<sup>76</sup> BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las pruebas judiciales*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 289.

<sup>77</sup> A saber, Código civil artículo n° 1698.

<sup>78</sup> Cfr. MONTERO A., JUAN. Op cit. Pp.128 y ss

voluntad<sup>79</sup>. Estas nuevas reglas denominadas cargas probatorias dinámicas, responden a diversos criterios y supuestos tales como la facilidad, normalidad, disponibilidad entre otros como ya se observó anteriormente.

Es en este sentido que Peyrano defiende la existencia de las cargas probatorias dinámicas con la siguiente afirmación:

*“Todo... involucra tener por cierta la existencia de un movimiento en pro de exigir un nivel de actividad probatoria a las partes que anteriormente no se le exigía y quitarles-algo, al menos- la posibilidad técnica de refugiarse en una cómoda inactividad, inactividad ésta contraria al imaginario social que cada día más concibe al proceso civil como una empresa compartida en pos de un ideal común, que no es otro que el de averiguar dónde está la razón y dónde la falta”.*<sup>80</sup>

Estas cargas se presentan de diversa forma, ya sea de manera directa en la ley - en donde es ésta quien determina que parte es la que debe probar un hecho determinado<sup>81</sup>-, a través de presunciones<sup>82</sup>, reduciendo el estándar de certeza que debe suministrar la prueba<sup>83</sup> o de frentón invirtiendo la carga probatoria sin más.

Me planteo además, la interrogante sobre qué forma es la más conveniente para introducir dichas herramientas, de manera directa o si bastaría sólo con que la norma permita inferir la existencia de estas, tal como se dedujo en una sentencia pronunciada por la Corte Suprema<sup>84</sup>.

Pretendo proyectar las diversas ventajas que producirían para el actor el contar con este tipo de auxilio procesal, así como también los posibles perjuicios que le acarrearán al demandado por daño ambiental al incluirse dicha modificación en las cargas probatorias. Perjuicios examinados de todos los ámbitos, no sólo los procesales. A este respecto una teoría interesante me parece la presentada por Bordali respecto a no tomar a la ligera la distribución de la carga probatoria que pudiera dar como resultado un trato arbitrario de parte de los jueces y abusivo de demandantes inescrupulosos<sup>85</sup>.

Se deja establecido así cuáles serían las medidas que se podrían adoptar para prevenir en mayor grado la concurrencia de los problemas mencionados anteriormente, como dejar a la evaluación del juez, caso a caso, si corresponde o no aplicar las cargas procesales dinámicas a su

---

<sup>79</sup> LÉPORI W. INÉS. *Cargas probatorias dinámicas*. En PEYRANO, JORGE W. Et al: *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. 2004. Pp 60.

<sup>80</sup> PEYRANO, JORGE W. *Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevivientes*”. En “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos Procesales”, tomo I, Rosario, Argentina. 2002, Editorial Juris, pág.562.

<sup>81</sup> Cfr. MONTERO A., JUAN. Op cit. Pp 132 y 137.

<sup>82</sup> MICHELII, GIAN A. *La carga de la prueba*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2004. Pp 175.

<sup>83</sup> Cfr. ORMAZÁBAL S., GUILLERMO. Op. Cit . Capítulo IV.

<sup>84</sup> Sentencia de Tercera Sala de La Corte Suprema de Chile, 29.05.2012. “Fisco de Chile c/ Tribasa Conosur S.A. s/ Daño ambiental” ROL:8339-09, MJJ31956

<sup>85</sup> BORDALI S., ANDRÉS. Op. Cit. Pp 418.

disposición, en virtud de los criterios procesales de determinación y cuál de aquellas herramientas es la que proporciona la mejor solución a la problemática probatoria de ese caso en particular. Además, por ejemplo, de dar un aviso especial en el procedimiento a la parte afectada en cuanto se ha realizado un cambio en la distribución de la carga probatoria expresando los criterios que llevaron a esa decisión y las consecuencias jurídicas que trae apareada dicho desplazamiento.

a) Por inferencia o de forma directa

La forma más adecuada de incluir las cargas probatorias dinámicas es incierta y corresponderá en mayor medida al tipo de situaciones que desea enmendar. Si se trata de casos genéricos el supuesto de inclusión de forma expresa y directa en la ley es la óptima, ya que permite una comprensión certera y sin dilatación de lo que se pretende obtener con aquella, generando en la población una seguridad sobre lo que se encontraran si deciden iniciar un proceso y cuáles serán las reglas aplicables para tal.

Pero como la mayoría de los casos presentan particularidades que los hacen especiales y diferentes, creo que la mejor forma de incluir las cargas probatorias dinámicas en el proceso por daño ambiental seguido ante el Tribunal ambiental es la instauración de las atribuciones procesales al juez para que determine caso a caso, si la inversión de la carga de la prueba es la mejor solución en virtud de la desigualdades técnicas y económicas que se presentan en ese caso en particular.

Dichas atribuciones no estarían exentas de limitaciones, si no que propongo que el momento de decidir si la carga de la prueba será invertida o no es, justamente, antes que los medios probatorios se presenten. Decisión que deberá ser comunicado por el juez de forma previa a las partes, de manera que éstas se puedan defender de las consecuencias que dicha inversión acarrea, asignando el *onus probandi* a la parte más próxima a la fuente de la prueba o que, por cualquier otra razón, le resulte más fácil la acreditación de los hechos.

Dicho planteamiento se encuadra con un sentido práctico de resolución de conflictos que se encamine por la justicia procesal y la consecución de la verdad, brindado un real apoyo y soporte en aquellos casos en donde la indefensión se produce a simple vista

b) *Beneficios y perjuicios que presentaría su inclusión tanto al actor como al demandado por daño ambiental*

i. Si la inclusión de las cargas probatorias dinámicas no se realizara en el sentido antes expuesto y la alteración de las normas del *onus probandi* se produce una vez haya terminado el juicio afecta claramente el principio de contradicción ya que las parte perjudicada no podría defenderse de una decisión que fue tomada con posterioridad a sus movimientos procesales

dejándola desprotegida en mayor medida que lo que se pretende enmendar con la inclusión de la nueva distribución de la carga de la prueba.

- ii. Podría encubrirse una reducción o rebaja en la necesidad de motivar las sentencias justificando así un criterio subjetivo del juzgador. Siendo necesario para evitar esto, que las normas referidas a exigencias sobre la fundamentación de la sentencia no sean manoseadas y se mantengan en un alto nivel. Reducir el estándar de certeza que deben suministrar la prueba no puede en ningún modo permitir al juez que realice una fundamentación somera o escasa de sus razonamientos que le permitan llegar a las conclusiones aludidas en la sentencia.
- iii. El aligeramiento probatorio o inversión de la carga de la prueba en ningún sentido puede practicarse con fundamentos caprichosos, sino que deben responder a criterios definidos ya sea por el legislador o en razón de la justicia en búsqueda de la tan anhelada verdad. Dicha inversión, sin importar de la forma en la que sea incluida en el proceso, viene a satisfacer una necesidad de equiparación procesal donde una parte, por razones fuera de su voluntad, es imposibilitada de presentar pruebas que le ayuden a sostener su pretensión por no poseerlas o porque su adquisición resulta muy gravosa.
- iv. En cuanto a las presunciones y a la reducción del estándar de certeza que debe producir la prueba, otro punto en discusión es qué se entiende por indicios suficientes. Cuándo un hecho o prueba de un hecho será considerado como suficiente para provocar el resultado deseado, y que opere la presunción y la reducción dependiendo de cada caso. Es un punto conflictivo, debido a la ambigüedad de interpretaciones que pudieren suscitarse incluso en casos similares, quedando a criterio de cada juzgador.
- v. La falta de advertencia a la parte perjudicada con la inversión de la prueba atenta contra la igualdad procesal ya que impide que esta pueda realizar sus estrategias de defensa. Lo anterior ataca el debido proceso y no la inversión de la carga en sí. Este perjuicio puede darse tanto como para el demandado como para el demandante, aunque afecta principalmente al primero.
- vi. En materia medioambiental, al ser un derecho de interés colectivo, brindar de protección a la parte *débil* a través de la introducción de las cargas probatorias dinámicas no sólo es asegurar su derecho a tutela efectiva sino que a la par, resguarda el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación del resto de la población.
- vii. Incluir criterios como facilidad y disponibilidad probatoria significa, en el proceso en cuestión, un gran avance. Que permitirán a la población sentir una mayor seguridad sobre la obtención de sus pretensión ambientales y equilibraran la disparidad existente por ejemplo entre el sujeto que se presenta como particular ante el Tribunal ambiental contra una gran multinacional que provoca daño ambiental y que tiene entre su planificación un sistema para defenderse de ataques por este concepto.

- viii. La aplicación arbitraria que podría producir el juez se puede paliar en mayor medida con una definición estricta de criterios que lo guíen y definan los parámetros donde la aplicación de las cargas probatorias dinámicas sean permitidas, además de establecer previamente las consecuencias que estas acarrearán.
- ix. La instauración de beneficios probatorios podría inducir a ciertos personajes indeseables e inescrupulosos a que abusen del sistema procesal buscando un provecho personal o vengativo en vez del fin de resguardo del medio ambiente.
- x. La flexibilización de la carga de la prueba no puede en ningún caso pretender desconocer los deberes de colaboración de las partes en el proceso de reconstrucción histórico de los hechos, puesto que también debe ser de interés de las partes que no queden dudas respecto de los supuestos facticos sobre los cuales basan sus pretensiones. De ser así, ni siquiera será necesario la utilización de la regla de la carga de la prueba.

### *Conclusiones*

El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación no es un derecho absoluto sino que asegura a todas las personas a vivir en un estándar aceptable de contaminación la cual es regulada por la autoridad competente.

A pesar de la existencia de un amplio resguardo legal para proteger el medio ambiente, éste por sí sólo y en la forma en que se encuentra regulado, no es suficiente para ofrecer al ciudadano común un verdadero instrumento que sirva para salvaguardar sus pretensiones ya que se encuentra en una posición de parte débil frente a las grandes empresas que son responsables de gran parte de la contaminación actual.

La ley 20.600 en conjunto con la ley 19.300 son las pilares fundamentales en la regulación medio ambiental, sobre todo en lo relacionado al daño ambiental producido por el ser humano y su forma de solucionar el conflicto jurídico que este acarrea.

El medio de prueba pericial constituye una de las pruebas con mayor peso dentro del proceso seguido ante los Tribunales ambientales por daño ambiental, ya que son consideraciones técnicas que responden de mejor manera las disyuntivas a la que se ve enfrentado el juez a la hora de decidir sobre asuntos que escapan a sus conocimientos.

La carga de la prueba corresponde a la distribución del peso probatorio en donde el juez debe rechazar o no acoger aquella pretensión que no puede ser acreditada por la falta de pruebas presentadas o la insuficiencia de estas. La parte que debe soportar el peso de esta carga tratará de evitar el perjuicio que su no satisfacción acarrea lo que se desprende una regla de conducta o carga de la prueba en sentido formal.

La existencia de una regla general no limita en ningún modo el uso paralelo de otras formas de distribución de la carga probatoria, denominadas también cargas probatorias dinámicas, las cuales modifican o alteran la regla general cambiando o invirtiendo el peso probatorio en quien no estaba destinado a soportarlo en un primer momento.

La búsqueda de la verdad encamina al proceso a adaptarse bajo criterios flexibilizadores como lo son la facilidad o disponibilidad probatorias, es decir, quien se encuentra en mejor posición para probar, para salvar las injusticias que podrían producirse si estos no son aplicados caso a caso.

Existen diversos mecanismos para incorporar las cargas probatorias dinámicas al proceso ya sea de forma directa, a través de la propia legislación con aplicación general o caso a caso mediante aplicación judicial, de forma indirecta a través de la utilización de las presunciones o reduciendo el estándar de certeza que debe suministrar la prueba o mediante la convención de las partes.

En nuestra legislación, específicamente en materia ambiental, contamos con la presunción del artículo 52 de la ley 19.300 la cual invierte el peso de la prueba de forma parcial una vez haya ocurrido el hecho base, que es la infracción de las normas hay estipuladas. Esta inversión es de carácter parcial ya que sólo exime de prueba en cuanto a la imputabilidad del demandado y no así del nexo causal entre la acción u omisión y el daño.

Es necesario realizar una reforma legislativa que incluya las cargas probatorias dinámicas y sobre todo una ley procesal de carácter ambiental que se guie por los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria para evitar situaciones que provoquen una negación al acceso a la justicia.

En sede ambiental, la regulación actual no brinda un soporte real a las pretensiones que buscan la responsabilidad por daño ambiental ya que se presentan desigualdades técnicas y económicas entre las partes que entorpecen el principio de igualdad procesal y que no se puede desconocer.

La mejor alternativa es la inclusión de la aplicación de cargas probatorias dinámicas caso a caso por parte del juez, el cual debe decidirla de forma previa a la presentación de las pruebas en el término probatoria y con una clara advertencia a las partes de su aplicación para el caso en concreto.

### *Bibliografía*

#### *a) Doctrina:*

- ALESSANDRI, ARTURO. De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Chileno, tomo I, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada, 2a edición, Santiago, 1983
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. La prueba judicial. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006

- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. La incumbencia de la prueba (Quien debe Probar), Brevarios procesales garantistas. Editorial San Marcos. Perú. 2013
- ATRIA, FERNANDO, Derechos Sociales Y Educación; Un nuevo paradigma de lo Público, LOM Ediciones, Santiago, 2014
- BARROS, ENRIQUE. Responsabilidad civil en materia del medio ambiente, en "Derecho del Medio Ambiente", Editorial Jurídica Conosur. Congreso Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 1998.
- BENTHAM, JEREMÍAS, Tratado de las pruebas judiciales, Valetta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- BOETTIGER, CAMILA Nueva institucionalidad ambiental. Revista Actualidad Jurídica N° 22, Universidad del Desarrollo, pp. 429-454. Chile. Julio, 2010.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS. Tutela jurisdiccional del medio ambiente. Editorial Fallos del mes en colaboración con Universidad Austral de Chile. Chile. 2004.
- BORDALI S, ANDRES, El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica Revista de Derecho, Vol. XIX N°2, diciembre 2006, Valdivia. pp. 205-228.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, Curso de Derecho Procesal I
- CARNELUTTI. FRANCESCO. Sistema del derecho procesal civil. Traducción al castellano de Alcalá- Zamora y Sentís melendo. Bs. Aires, Argentina. 1944.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ Y OTROS. Carga de la prueba y responsabilidad civil. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2007
- COUTERE, EDUARDO. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma Editor. 3° edición. Buenos Aires. 1958
- COUTURE, EDUARDO J. Vocabulario jurídico. Depalma, 5° reimpresión, Buenos Aires, 1993.
- DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. Teoría General de la prueba judicial. Zabalía. Argentina. 1988
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental. Editorial Ariel S. A. ,Barcelona, 1999
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, PEDRO. Manual derecho ambiental chileno. Editorial Jurídica de Chile. Chile 2001.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Wolters Kluwer España S.A. España. 2006
- GOLDSHIMDT, JAMES. Teoría General del Proceso. Editorial Labor S.A. Barcelona, España
- HUNTER AMPUERO, IVÁN. La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental. Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005

- HUNTER AMPUERO, IVAN. La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. N° 2, pp. 53 – 76. 2011, Chile.
- MICHELII, GIAN ANTONIO. La carga de la prueba. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2004.
- MONTERO AROCA, JUAN. La prueba en el proceso civil. Quinta edición. Editorial Aranzadi S.A. España. 2007.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO. Carga de la prueba y sociedad de riesgo. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2004.
- PEYRANO, JORGE. Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos Procesales”, tomo I, Editorial Juris, Rosario, Argentina. 2002.
- PEYRANO, JORGE. et al: Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- PINOCHET CANTWELL, FRANCISCO. Cargas dinámicas de la prueba: el modelo Chileno. Algunos comentarios sobre la propuesta de regulación legal en Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana? Santiago, 2011.
- ROSENBERG, LEO. La carga de la prueba. Editorial B de F Ltda. 2° edición. Buenos Aires. Argentina 2002.
- SANTIBAÑEZ, CRISTINA. Las cargas probatorias dinámicas. Revista chilena de derecho del Trabajo y Seguridad Social. Vol. 1 N°1. Facultad de derecho Universidad de Chile. 2010.
- TARUFFO, MICHELE. La prueba. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España
- TERRASA, EDUARDO. Cargas probatorias dinámicas. Brevarios procesales garantistas. Editorial San Marcos. Perú. 2013.

*b) Legislación:*

- Constitución Política de la Republica
- Código Civil
- Código Orgánico de Tribunales
- Ley 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente. Promulgada con fecha 01.03. 1994. Por la Secretaria General de la República de Chile, modificada por la ley n° ley 20.173 .D. O 27 .03. 2007
- Ley n° 20.600 .Promulgada con fecha 18.06.2012. Por el Ministerio del Medio Ambiente. Se publicó D.O. con fecha 28-06-2012. Chile

*c) Jurisprudencia:*

- Sentencia de la 3° Sala de La Corte Suprema de Chile, de fecha 29.05.2012. En causa caratulada “Fisco de Chile c/ Tribasa Conosur S.A. s/ Daño ambiental” ROL:8339-09, MJJ31956
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, de fecha 10.12.1997. En causa caratulada “ Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”
- Sentencia del 1° Juzgado Civil de Valdivia, de fecha 27.07.2013. En causa caratulada “Fisco con Celco”. ROL 746-05.

*d) Recursos Web:*

- AVENDAÑO LEYTON, IGNACIO. Cargas Probatorias dinámicas en el proyecto del CPC. Ensayo. [http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Cargas\\_probatorias\\_dinamicas\\_en\\_el\\_PdCPC.pdf](http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Cargas_probatorias_dinamicas_en_el_PdCPC.pdf).
- BRAVO-HURTADO, PABLO. *Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en chile*. Revista chilena de derecho privado. n° 21. Santiago. 2013. [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000200002&script=sci_arttext)
- LUNA YERGA, ÁLVARO. Regulación de la carga de la prueba en la LEC. Working Paper n°: 165. Barcelona, 2003 [http://www.indret.com/pdf/165\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/165_es.pdf)
- MARTÍNEZ, PATRICIO. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. Revista Chilena de derecho. Pont. Univ. Católica de Chile. 2012, vol.39, n.1, Pp. 113-147. <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n1/art06.pdf>
- <http://www.wordreference.com>
- <http://www.derecho-ambiental.cl/2013/04/el-principio-precautorio.html>