

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS**

**APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA  
PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

**Presentada por:**

Br. Karina Rojas Sulca

**Para optar el título profesional de  
Abogado**

**Asesor:**

Abog. Marco Antonio Marroquín Muñiz

CUSCO – PERÚ

2023

# INFORME DE ORIGINALIDAD

(Aprobado por Resolución Nro.CU-303-2020-UNSAAC)

El que suscribe, **Asesor** del trabajo de investigación/tesis titulada: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

presentado por: KARINA ROJAS SULLCA con DNI Nro.: 62299458

presentado por: ..... con DNI Nro.: .....

para optar el título profesional/grado académico de ABOGADO

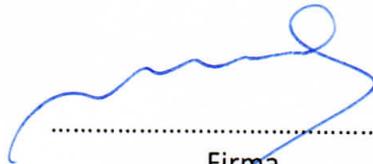
Informo que el trabajo de investigación ha sido sometido a revisión por 3 veces, mediante el Software Antiplagio, conforme al Art. 6° del **Reglamento para Uso de Sistema Antiplagio de la UNSAAC** y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de 5%.

**Evaluación y acciones del reporte de coincidencia para trabajos de investigación conducentes a grado académico o título profesional, tesis**

Porcentaje	Evaluación y Acciones	Marque con una (X)
Del 1 al 10%	No se considera plagio.	X
Del 11 al 30 %	Devolver al usuario para las correcciones.	
Mayor a 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes. Sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	

Por tanto, en mi condición de asesor, firmo el presente informe en señal de conformidad y **adjunto** la primera página del reporte del Sistema Antiplagio.

Cusco, 08 de Febrero de 2024



Firma

Post firma MARCO ANTONIO MARROQUIN MUÑOZ

Nro. de DNI 23858849

ORCID del Asesor 0000-0002-4994-3128

## Se adjunta:

1. Reporte generado por el Sistema Antiplagio.
2. Enlace del Reporte Generado por el Sistema Antiplagio: OJO:27259:326937238

NOMBRE DEL TRABAJO

**APLICACION DE LA TEORIA DE LA CARGA  
A DINAMICA DE LA PRUEBA EN LOS PR  
OCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL M**

AUTOR

**Karina Rojas Sullca**

RECUENTO DE PALABRAS

**45896 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**242642 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**184 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**335.0KB**

FECHA DE ENTREGA

**Feb 8, 2024 10:40 AM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Feb 8, 2024 10:43 AM GMT-5**

● **5% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 4% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 3% Base de datos de trabajos entregados
- 1% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● **Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**Dr. Ericson Delgado Otazu**  
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN DE LA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

## **Dedicatoria**

A mi eterno amor: Magno, que me regaló el honor de ser su hija y que con su partida inspiró este proyecto; este sueño es nuestro papá.

A mi madre Leonarda y a mi hermano Roy que iluminan con amor mi camino y fortalecen con sabiduría mi carácter, sin ustedes no habría llegado tan lejos.

A Brenda, Kassandra, Dalia. Stacy y Heidy; su presencia en mis días me ha regalado los más hermosos colores.

Karina

## **Agradecimiento**

A los catedráticos de mi alma mater, Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco; su experiencia y conocimiento me han forjado como profesional.

A mi asesor Marco Antonio Marroquín Muñiz, por su guía, paciencia y conocimientos compartidos en el desarrollo de esta investigación.

La autora

## **Resumen**

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo: exponer los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica; es de enfoque cualitativo, de tipo dogmático propositivo y de nivel básico o puro; la técnica utilizada para la recolección de información ha sido la entrevista y como unidad de análisis temático, las categorías de estudio: Teoría de la carga dinámica de la prueba y la responsabilidad civil médica. El trabajo de campo permite concluir que debe de admitirse la carga dinámica de la prueba en nuestra legislación en la medida que permitirá la efectiva y real justicia para los implicados bajo el amparo de los principios como el de solidaridad y colaboración procesal, el principio de la verdad jurídica objetiva y el alcance de la justicia y el deber de las partes de actuar con la buena fe, lealtad y probidad, en la medida que los medios probatorios serán aportados al proceso por quien tenga mejor posibilidad para ofrecerlos.

**Palabras clave:** Carga de la prueba, Responsabilidad médica, Carga dinámica, Carga estática, reparación.

## **Abstract**

The present research work's objective was to expose the legal foundations for which the theory of the dynamic burden of proof should be applied. in cases of medical civil liability; it is of a qualitative approach, of a propositional dogmatic type and of a basic or pure level; The technique used for the collection of information has been the interview and as a unit of thematic analysis the study categories: Theory of the dynamic burden of proof and medical civil liability. Which allowed us to conclude that it must be admitted in our legislation to the extent that it will allow effective and real justice for those involved under the protection of the principle of solidarity in the process, by which the evidence will be contributed to the process by whoever has the best possibility. to offer them.

**Keywords:** Burden of proof, Medical liability, Dynamic charge, Static charge, repair.

## Índice

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Resumen.....	iv
Abstract.....	v
Índice.....	vi
Introducción.....	xi
CAPÍTULO I.....	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1. Descripción del problema.....	1
1.2. Formulación de Problema.....	3
1.3. Justificación.....	4
1.4. Formulación de Objetivos.....	6
CAPITULO II.....	7
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	7
2.1. Antecedentes de investigación.....	7
2.2. Bases Teóricas.....	11
2.2.1. La prueba.....	11
2.2.1.1. Concepto de prueba.....	12
2.2.1.2. Naturaleza jurídica de la prueba.....	14
2.2.1.3. Fuentes y medios de prueba.....	15
2.2.1.4. Principios rectores de la prueba.....	16
2.2.1.5. Objeto de la prueba.....	18
2.2.1.6. Los hechos como objeto de la prueba.....	19
2.2.1.7. Hechos exentos de prueba.....	20
2.2.1.8. La verdad en el proceso civil.....	24
2.2.1.9. La verdad jurídica objetiva.....	26
2.2.1.10. Teorías sobre la finalidad de la prueba judicial.....	26
2.2.1.11. La finalidad de la prueba según la regulación del Código Procesal Civil Peruano.....	28
2.2.2. Cuestiones preliminares en torno a la carga de la prueba.....	28
2.2.2.1. Carga Procesal.....	28
2.2.2.2. Deber procesal.....	29
2.2.2.3. Obligación procesal.....	29

2.2.2.4. Impulso Procesal.....	30
2.2.3. Carga de la Prueba .....	31
2.2.3.1. Necesidad de la carga de la prueba .....	32
2.2.3.2. Características de la carga de la prueba .....	33
2.2.3.3. Funciones de la carga de la prueba .....	33
2.2.3.4. La Prueba Difícil.....	36
2.2.3.5. Distribución de la Carga de la Prueba.....	37
2.2.4. Inversión de la carga de la prueba.....	40
2.2.5. Supuesto Legales de inversión de la carga de la prueba .....	41
2.2.6. Teoría de la carga dinámica de la prueba.....	43
2.2.6.1. La Mejor Posición para Probar .....	44
2.2.6.2. Cheapest Cost Avoider según el Análisis Económico del Derecho .....	45
2.2.6.3. Antecedentes Históricos.....	46
2.2.6.4. Características .....	49
2.2.6.5 Principales Fundamentos y Principios para su aplicación .....	52
2.2.6.6. El fundamento constitucional .....	55
2.2.6.7. Doctrinas que cuestionan su aplicación .....	58
2.2.6.8. La carga inámica de la prueba en el Derecho Comparado.....	58
2.2.6.9. La Carga Dinámica de la Prueba en el Perú .....	61
2.2.6.10. Principios de imparcialidad y Partialidad .....	65
2.2.6.11. Eficientismo y garantismo procesal .....	66
2.2.6.12. Los poderes probatorios del juez y de los sujetos procesales .....	68
2.2.6.13. Las pruebas de oficio y el activismo probatorio .....	70
2.2.7. Responsabilidad civil médica .....	75
2.2.7.1. Teorías de la Responsabilidad Civil .....	75
2.2.7.2. Enfoques de la Responsabilidad Civil .....	77
2.2.7.3. Tipos de Responsabilidad Civil .....	81
2.2.7.4. Elementos de la responsabilidad civil.....	82
2.2.7.5. Responsabilidad civil subjetiva y objetiva .....	84
2.2.7.6. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica.....	85
2.2.7.7. Conceptos preliminares.....	87
2.2.7.8. Responsabilidad Civil Médica y la Obligaciones .....	100
2.2.7.9. Responsabilidad Civil Médica en el Perú .....	100
2.2.7.10. Vías para conocer pretensiones relacionadas a la Responsabilidad Civil Médic .....	103

2.2.7.11. Pactos anticipados de exclusión o exoneración de responsabilidad .....	106
2.2.7.12. Carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica según jurisprudencia peruana.....	107
2.2.7.13. Las pruebas relevantes e idóneas. ....	110
2.3. Marco Conceptual.....	112
CAPÍTULO III.....	114
Hipótesis y variables.....	114
3.1. Hipótesis y Categorías de Estudio .....	114
3.1.1. Hipótesis General.....	114
3.2. Categorías de estudio.....	114
CAPITULO IV.....	116
Metodología.....	116
4.1. Enfoque de investigación.....	116
4.2. Tipo de investigación.....	116
4.3. Diseño de investigación.....	117
4.4. Unidad de análisis.....	117
4.5. Población y análisis.....	117
4.6. Muestro no probabilística. ....	117
4.7. Técnicas de recolección y análisis de información temática .....	118
4.8. Técnicas de análisis e interpretación.....	119
CAPÍTULO V.....	120
Discusión de resultados.....	120
5.1. Análisis e interpretación de los resultados.....	120
5.2. Análisis de las sentencias respecto a la carga dinámica de la prueba.....	136
5.3. Desarrollo doctrinario de la carga de la prueba.....	143
5.4. Regulación de la teoría de la carga estática de la prueba en el proceso civil peruano.....	144
5.4. Contenido de la teoría de la carga dinámica de la prueba y su tratamiento en la legislación peruana.....	145
5.5. Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica en el Perú y cuáles son las pruebas relevantes e idóneas.....	148
5.6. Fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.....	148
5.4. Discusión de resultados –vinculación con los antecedentes.....	150
5.5. Prueba Hipótesis .....	152

Conclusiones .....	153
Recomendaciones .....	155
Referencias.....	156

## Índice de tablas

Tabla 1 Diferencias entre carga, deber y obligación procesal .....	30
Tabla 2 Obligación Procesal y Carga de la Prueba.....	36
Tabla 3 Responsabilidad civil en el Perú.....	100
Tabla 4 Categorías de Estudio .....	114
Tabla 5 Técnicas e instrumentos.....	118
Tabla 6 Entrevistas realizadas.....	121
Tabla 7 Análisis de las sentencias.....	136

## **Introducción**

La presente investigación está referida al análisis de la carga de la prueba en casos de responsabilidad civil médica. El Código Procesal Civil regula la carga de la prueba para diferentes procesos civiles, y admite la teoría de la carga estática de la prueba que se encuentra reconocida en el artículo 196 del cuerpo normativo antes referido, el cual prescribe que la prueba corresponde a quien afirma los hechos; esto ha generado una gran problemática en diversos procesos judiciales donde a falta de posibilidad de acceder a determinados tipos de prueba, los afectados por una mala praxis médica, se han quedado sin justicia y han visto truncadas sus aspiraciones de conseguir el resarcimiento por el daño sufrido. El hecho de esperar que solo quien afirma algo sea quien lo pruebe con elementos que no están a su disposición, como es el caso de evidencias médicas que solo están bajo tutela de los médicos, hospitales o clínicas, genera que aquellos que demandan por responsabilidad civil médica, no se ven amparados ya que no tiene manera de probar lo que alegan.

Para poder analizar este problema se ha encontrado que algunos magistrados en su afán de aplicar una justicia real, intentan superar el problema de la carga de la prueba, aplicando algunos principios de la carga dinámica de la prueba, encontrándose jurisprudencia ya sea a nivel del Tribunal Constitucional, Poder Judicial y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, cómo se revisará en los siguientes capítulos.

Es en base a ello que este trabajo busca comprender y exponer las razones por las cuales existe esta posibilidad y en base a los factores hallados, se tiene el propósito de sugerir la modificación de la ley vigente y admitir la carga dinámica de la prueba para los casos de responsabilidad civil médica. En tal sentido, se ha desarrollado un marco teórico en el que se ha descrito el tratamiento doctrinario de la prueba, carga de la prueba, la teoría de la carga dinámica

de la prueba, el marco normativo en el Perú y en el Derecho Comparado; también se ha abordado la responsabilidad civil médica desde una óptica de la carga probatoria, precisándose el tratamiento que ha merecido por parte de la jurisprudencia nacional e identificándose como pruebas más relevantes en el proceso de responsabilidad civil médica la historia clínica y la pericia médica.

Para dar informe del trabajo realizado el presente documento está organizado en cinco capítulos: el Capítulo I: Planteamiento del problema, donde se desarrolla la situación problemática, la formulación del problema, los objetivos y la justificación de la investigación; el Capítulo II: Marco Teórico, donde se expone los conceptos básicos que forman parte del fundamento teórico de la investigación así como los antecedentes y el marco conceptual; Capítulo III: Hipótesis y categorías de investigación, Capítulo IV: Marco Metodológico: que exponen el tipo, nivel y diseño de investigación; y finalmente Capítulo V: Resultados de investigación; para concluir con la redacción de conclusiones, recomendaciones y una propuesta de proyecto de ley que agrega al artículo 194 el literal A, del Código Procesal Civil.

# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. Descripción del problema

La actividad médica es de suma importancia por contribuir en el cuidado de la salud y bienestar de las personas -pacientes-, este servicio es brindado de forma pública por el Estado de forma directa mediante los hospitales y centros de salud y mediante Es Salud (Seguro Social de Salud) para personas aseguradas, o de forma privada por diferentes clínicas de salud; vinculadas a este sector se encuentran las compañías aseguradoras, que entre sus servicios brindan múltiples seguros médicos y de salud.

Habiendo accedido a un servicio de salud, ésta es prestado por un médico y/o por un equipo médico de una clínica u hospital, sin embargo, se presentan ocasiones en las que el desempeño profesional no se presta con los cuidados y protocolos de salud correspondientes en las distintas etapas de un proceso de atención médica como la consulta, diagnóstico, tratamiento, medicación, en el pre y post operatorio, rehabilitación, etc.; situaciones que generan una mala praxis médica, las mismas que puede generar consecuencias negativas en la salud de sus pacientes, dando origen a la responsabilidad civil médica.

La vinculación entre el paciente y el médico, centro de salud, clínica, hospital u otro centro análogo en el ámbito público y privado, se genera de forma verbal o escrita, la misma que se da en un escenario contractual, por ende, la responsabilidad que de dicha relación jurídica se genere, será una de Responsabilidad Contractual. El Código Civil peruano, establece en el artículo 1152 que: “En los casos previstos en los Artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda”.

Por su parte, el artículo 1969, señala: “Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”(Ministerio de Justicia, 2020). Desde un escenario procesal, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos; por tanto, en la responsabilidad civil contractual la carga corresponde al demandante, es decir, en el presente tema sería el paciente o algún familiar, quien debería de probar la responsabilidad civil médica. Esta situación legal, asociada a la situación de salud de los pacientes como consecuencia de una mala praxis médica; definida como un comportamiento que provoca, como consecuencia de la actividad profesional, un comportamiento nocivo para la salud humana por descuido, incompetencia, descuido o incumplimiento de las leyes pertinentes o incumplimiento de los deberes profesionales(Romero, 2014. p. 35); hace que la parte que demanda la indemnización por responsabilidad civil contractual se encuentre en una posición de desventaja frente a la del médico (Clínica, hospital o centro de salud), a quién se le inculpa de mala praxis. Esto se debe a que para demostrar lo que afirma primero tendría de contratar un perito médico, además tendrá dificultades administrativas para acceder a la historia clínica (sobre todo cuando quien demanda es un pariente del paciente fallecido), la Clínica, hospital o centro de salud es quien tiene a disposición el material probatorio pertinente, entre los que se encuentran la histórica clínica y demás medios probatorios vinculados al paciente. Lo antes expuesto, genera que los procesos sobre la mala praxis médica encuentren dificultad probatoria por quien afirma los hechos (demandante), generando un estado de indefensión en algunos casos.

Ante ello nos encontramos frente a una problemática cómo probar algo que está fuera del alcance de las posibilidades de uno y peor aun cuando todo está en poder del acusado. Es así que en atención a los principios del Debido proceso y el Acceso a la tutela jurisdiccional

efectiva, la doctrina procesal ha desarrollado la teoría de la carga dinámica que se orienta por la flexibilización de la carga de la prueba, que postula que en determinados casos en los que al aplicar la clásica regla de la carga probatoria conllevarían a una situación de imposibilidad probatoria y, por ende, a no lograr obtener la verdad de los hechos ocurridos en una etapa pre procesal, por lo que se hace recaer la carga a quien, por una especial circunstancia u otras razones, se encuentre en mejores condiciones para producirla.(Gonzales, 2021)

Al respecto, se tiene importantes avances como los pronunciados por la Corte Suprema de la República en la Casación N° 4445-2011- Arequipa, en la que nuestro máximo tribunal establece que en un proceso judicial en el que la asociación fue demandada por uno de sus asociados, cuestionando una asamblea por defectos en la convocatoria, es la asociación la que debe de probar que la convocatoria se hizo correctamente. Es decir, que el demandante no debe probar el hecho que alega. (Donaires, 2014) Teniendo en consideración éste tipo de pronunciamiento, se propone que en el proceso sobre responsabilidad civil médica (responsabilidad contractual), en los que la carga probatoria corresponde al demandante (quien afirma los hechos), se debería de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba, a fin de garantizar un proceso en igualdad de armas y porque en este escenario es el demandado quien se encuentra en mejor posición para ofrecer los medios probatorios, y de manera adicional crear un seguro médico.

## **1.2. Formulación de Problema**

### **a) Problema general**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica?

## **b) Problemas específicos**

- a. ¿Cómo es el tratamiento de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica en la legislación peruana actual?
- b. ¿Cómo es el tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la teoría de la carga dinámica en los casos de responsabilidad civil médica en Perú?
- c. ¿Qué factores determinan la necesidad de la incorporación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica?

## **1.3. Justificación**

### **a. Conveniencia**

La investigación es conveniente debido a que en nuestro país se presenta muchos casos en los que la intervención médica genera consecuencias jurídicas, conllevando a la responsabilidad civil, y porque la teoría de la carga estática de la prueba es insuficiente para determinar adecuadamente la responsabilidad civil médica en casos en los que exista mala praxis médica.

### **b. Relevancia social**

De tomarse en cuenta nuestra propuesta para la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica, se beneficiará a la sociedad en su conjunto y de manera específica a los pacientes y potenciales pacientes que sean o puedan ser afectados con una mala praxis médica, a fin de tener acceso a una tutela jurisdiccional efectiva.

### **c. Implicancias prácticas**

Las implicancias prácticas son de orden procesal, en el entendido que permitirán evidenciar un mejor acceso a la justicia por parte de la ciudadanía al garantizar el aporte de los medios probatorios por quien se encuentre en mejor posición y condiciones de ofrecerlas; permitiendo mayor celeridad procesal, además que permitirá conocer realmente el nivel de responsabilidad de los actores implicados.

### **d. Valor teórico**

El valor teórico de la presente investigación es aportar al conocimiento teórico legislativo de las instituciones jurídicas que representan nuestras categorías, puesto que a más de realizar un análisis del tema en sí misma, se procura alcanzar una propuesta normativa de modificación.

### **e. Utilidad metodológica**

El diseño metodológico empleado en la presente investigación y los datos obtenidos con los instrumentos y técnicas, puedan ser utilizados para otras investigaciones relacionadas con el tema de investigación. Además, valida instrumentos de recojo de información que puede ser utilizado en investigaciones futuras.

### **f. Originalidad**

La presente investigación, es original porque no existe otra tesis a nivel de pregrado en la ciudad del Cusco que haya empleado los mismos objetivos y el mismo diseño metodológico que se emplea.

## **1.4. Formulación de Objetivos**

### **a. General**

Identificar los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.

### **b. Específicos**

- a. Describir el tratamiento de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica en la legislación peruana actual.
- b. Describir el tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica en Perú
- c. Identificar qué factores determinan la necesidad de la incorporación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

#### 2.1. Antecedentes de investigación

##### Tesis a nivel internacional

López (2021) en su trabajo de investigación sobre la carga de la prueba en procedimientos de cirugía plástica en Colombia, planteó como objetivo de investigación de comprender la carga de la prueba en casos donde el médico particular obtuvo consecuencias no deseadas en una intervención de este tipo o por procedimientos efectuados en lugares que no cumplen con los requisitos de habilitación en salud. Observándose que en estos casos algunos jueces civiles aplican la doctrina de la carga dinámica de la prueba con la inversión de la carga. El trabajo fue de tipo cualitativo, tipo exploratorio. El trabajo de campo se basó específicamente en el análisis documental - bibliográfico. Concluyendo que la doctrina de la carga dinámica de la prueba lesiona derechos de las víctimas en la medida que no saben utilizarlo de manera idónea por el desconocimiento de procedimientos, términos y protocolos médicos.

Como se aprecia en el antecedente existe siempre controversia respecto a la responsabilidad civil médica y el aporte de los medios probatorios, en el sentido de que muchas veces el paciente o familiares de este desconocen efectivamente cómo fue el protocolo de intervención, ya sea por desconocimiento de terminología y procedimientos especiales o porque realmente nunca tendrán acceso real a ambientes, insumos y protocolos de atención, quedando desvalidos de probar cualquier negligencia, en el estudio anotado se concluye que aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba es contraproducente para la víctima, sin embargo en la presente propuesta se postula lo contrario en el entendido que se considera una ventaja para conocer la verdad el hecho de que pruebe quien tiene mejor acceso a las pruebas. Es posible que

la conclusión del antecedente en mención sea errónea ya que se basa solamente en teoría y doctrina sin revisar casuística pertinente.

Arias (2021) en su trabajo de investigación elaborado para optar el grado de Maestro en Derecho en la Universidad EAFIT - Colombia, se planteó como objetivo analizar la aplicación judicial de la carga dinámica de la prueba en procesos de responsabilidad civil médica, ello bajo la vigencia del Código General del Proceso, trabajo bajo el enfoque cualitativo tipo descriptivo y en el análisis de procesos judiciales de responsabilidad civil médica. Concluyendo que esta aún no ha sido aplicada de manera constante por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín, pese a que se inició su incorporación hace más de 30 años, además en las pocas sentencias judiciales en las que se aplica la carga dinámica de la prueba: i) no se expone un criterio claro para su acogimiento; y ii) se altera el régimen sustancial de la responsabilidad civil médica (con culpa probada), creando una especie de presunción de culpa.

El antecedente mencionado evidencia relación directa con las variables de investigación que son de interés del presente informe, asimismo evidencia la poca atención que se le da pese a su importancia, dado que ya hace muchos años lo reconocen como un medio probatorio eficiente, su mala praxis ha hecho que tenga ciertas deficiencias, no obstante, ello no le quita el valor importante que tienen al momento de definir una sentencia.

Murcia (2021) en su trabajo de investigación realizado en Colombia para la Universidad Libre, se planteó como objetivo de investigación analizar los cambios que introdujo el Código general del proceso en la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médica, para ello el trabajo de campo se desarrolló bajo el enfoque cualitativo, tipo descriptivo, estrategia

dogmática y de revisión documental. Llegó a la conclusión que en casos de responsabilidad médica el sistema de la carga de la prueba ha variado a lo largo de los años y que actualmente la carga dinámica está reconocida como un medio fundamental, no obstante, su incorporación responde a criterios de aligerar la tarea probatoria del accionante. La razón obedece a que, situaciones hostiles, demostraban que era un obstáculo la carga de probar los elementos de responsabilidad en ciertos casos, donde el paciente realmente se encontraba en una situación de desventaja por diversos aspectos.

El antecedente que precede permite evidenciar el *statu quo* de la incorporación de la carga dinámica de la prueba para casos de responsabilidad civil médica, y de los motivos que respaldan su consideración, es en ese sentido la valoración de los medios probatorios será más idóneo porque responderá a la verdad puesto que se probará realmente los hechos y no los quererres de las partes implicadas, además que se permitirá un trabajo más meticuloso y especializado.

### **Tesis Nacionales**

Capcha (2021) en su trabajo de investigación realizado en la Universidad San Martín de Porres, se planteó como objetivo analizar la aplicación de la carga dinámica probatoria en casos de responsabilidad civil por negligencia médica en el Perú, para ello trabajo bajo el diseño metodológico dogmático – descriptivo, método deductivo en el enfoque cualitativo, basado en elementos teóricos. Obteniendo como resultado que debe de admitir las cargas dinámicas de la prueba basándose en el principio de Presunción de inocencia de todos los médicos y cualquier persona, además que estas pruebas sirven como base de información para conocer la verdad de lo acontecido y de poder atribuir la responsabilidad a quien corresponde.

Al respecto el antecedente que precede se relaciona directamente con el objetivo general y específico de la presente propuesta puesto que ha encontrado fundamentos jurídico - legal y social que respaldan la posibilidad de incorporar las pruebas dinámicas en procesos de responsabilidad civil, en la medida que garantizan la posibilidad de conocer a los verdaderos responsables y también aplicar una verdadera justicia tanto para afectados como para los médicos. Es en este sentido que se relaciona directamente con las variables y categorías de investigación.

Córdova (2020) en su artículo de investigación realizado para la revista oficial del Poder Judicial, se planteó como objetivo analizar la carga de la prueba dinámica para casos de responsabilidad civil médica, en el caso específico del factor de atribución, el análisis fue de carácter subjetivo. Llegando a la conclusión de que si quedase establecido que la carga de la prueba de la culpa inexcusable estaría a cargo de la institución sanitaria por ser el poseedor de los documentos que así lo acrediten, facilitaría a los afectados el conseguir de manera pronta un resarcimiento por el daño causado.

El antecedente previo es idóneo como parámetro doctrinario para la presente investigación ya que basado en fundamentos teóricos doctrinarios prevé la aplicación de la carga dinámica de la prueba en casos de responsabilidad civil médica, asimismo se relaciona con los objetivos específicos pues analiza la teoría de la carga dinámica de la prueba, así como expone algunos fundamentos jurídico sociales válidos para la presente investigación.

Castillo (2021) en su trabajo de investigación desarrollado en la Universidad Nacional de San Agustín se planteó como objetivo de investigación analizar la teoría de la carga dinámica de la prueba desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial, el trabajo de campo fue

netamente cualitativo, y desarrollado en base a la técnica del análisis documental, en base a ello llegó a la conclusión de que es una buena propuesta judicial en la medida que el poder probatorio le facilitará al juez aplicar legalmente la verdad.

El antecedente en mención ayuda a comprender la naturaleza jurídica de la carga dinámica de la prueba y qué efectos tiene en el Proceso Civil, asimismo, coadyuva a la elaboración de la propuesta legislativa que se procura con la presente investigación, para que sea factible que en casos de responsabilidad civil médica se aplique este tipo de medios probatorios.

## **2.2. Bases Teóricas**

El desarrollo de las bases teóricas se organiza teniendo en consideración las categorías de estudios, las cuales son, Teoría de la carga dinámica de la prueba y la responsabilidad civil médica.

### **2.2.1. La prueba**

Un aspecto fundamental para la obtención de un resultado favorable en un proceso judicial, son las pruebas que se actúan en éste. En ese entender el derecho probatorio forma parte del derecho procesal, que es el escenario en el que se desarrolla la prueba. El Derecho Probatorio se encarga de regular las pruebas en un proceso; entorno a ello Muñoz-Basols & Gironzetti, (2018) sostienen que: “el derecho probatorio es el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba, o el conjunto de normas jurídicas que reglamentan los procedimientos de verificación de afirmaciones sobre hechos o sobre cuestiones de derecho” (p.100).

Se debe distinguir el concepto del derecho a la prueba o el derecho a probar, el cual es entendido como: Aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido

proceso, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa o participara como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del Juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que son o serán objeto concreto de prueba. Así mismo, podemos manifestar que el derecho a la prueba implica como elementos fundamentales el debido proceso y la tutela procesal efectiva, derechos que se encuentran amparados por la Carta Magna. Por otro lado, el derecho de las partes a ofrecer medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada.

#### **2.2.1.1. Concepto de prueba**

El término prueba según su etimología deriva del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende; o según la postura de otros autores de la palabra *probadum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe: así lo expresan varias leyes del Derecho romano. (Cavani, 2021)

Ferrer et al. (2018) señalan cuatro acepciones para prueba, entendiéndose como “acción y efecto de probar; razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa; indicio seña o muestra que se da de una cosa; y ensayo o experiencia que se hace de una cosa.

Al respecto Taruffo (2009) señala que: “la prueba es el instrumento que utilizan las partes (...) para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que

pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas típicas) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas atípicas) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos (p.50).

Por otro lado, Meroi y Ramírez-Carvajal (2020) señalan que la prueba es la forma de obtener la verdad o la capacidad de cerciorarse por parte del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso.

Como se pudo apreciar existen diversas posturas sobre el concepto de la prueba, pero por considerar que es la más completa y clara, para fines del presente trabajo se toma como paradigma lo manifestado por Echandía (2016) cuando refiere que la prueba en cuanto a su concepción posee 03 dimensiones; la cuales son:

- Prueba como medio: Está referida a los instrumentos o medios (documentos, personas, objetos, etc.) que sirvan como fundamento para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos sostenidos por las partes en un proceso
- Prueba como actividad: En un proceso se pretende llegar a obtener la autenticidad de los hechos que contienen las pretensiones de las partes, surgiendo de esta manera incertidumbres o vacíos que deberán ser resueltos a través de las pruebas; para que a partir de ellas el juez pueda tomar una decisión y emitir un fallo; la prueba constituye la actividad o procedimientos regulados por ley, que apoyados en instrumentos de verificación dará sustento a los hechos descritos en el proceso.

- Prueba como resultado: Al utilizar los instrumentos y procedimientos antes descritos, se obtendrá una decisión por parte del juez; la cual deberá estar motivada razonada y elocuentemente por criterios de valoración.

#### **2.2.1.2. Naturaleza jurídica de la prueba**

De acuerdo al concepto de la prueba anteriormente descrito; se infiere que la prueba al ser una actividad realizada por las partes para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos, se configura como un acto jurídico debido a que se puede advertir la manifestación de voluntad de las personas involucradas en un proceso; así mismo la prueba adquiere el rango de actividad procesal debido a que se encuentra inmersa en un proceso judicial y va a servir como directriz para obtener certeza jurídica.

La prueba se halla revestida de jerarquía constitucional, lo cual lo convierte en un derecho fundamental como parte del derecho al debido proceso o proceso justo y aunque no se encuentra reconocido expresamente por nuestra Constitución Política, se puede inferir su existencia del Numeral 3 del Artículo 139.

Al integrar el contenido de un derecho fundamental presenta un doble carácter, es decir es un derecho subjetivo de todo sujeto de derecho que participa, o participara, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, y al mismo tiempo es un elemento objetivo esencial del ordenamiento jurídico político. (Echandía, 2016)

La prueba es en definitiva un elemento fundamental del proceso no solo por garantizar un juicio justo sino también por constituir una herramienta importante como mecanismo de defensa de las partes; garantizando el acceso a la justicia.

### **2.2.1.3. Fuentes y medios de prueba**

Ambos conceptos sirven para absolver la pregunta ¿con qué se prueba? Pues son elementos que las partes usarán para generar convicción en el juez respecto de los hechos que se alegan en el proceso.

Fuente de prueba se puede entender como todos los actos, hechos, objetos o incluso personas como los testigos que sirven para sustentar la autenticidad de las afirmaciones vertidas en un proceso, es decir tienen su origen en el proceso; por lo que se les da el carácter de figuras procesales, pre-procesales, extra procesales. Los medios de prueba nacen y se desarrollan en el proceso con el objetivo de ingresar las fuentes de prueba al proceso, es por ello que su naturaleza es totalmente jurídica y procesal; dentro de los medios de prueba podemos distinguir el informe pericial, el interrogatorio a testigos, una prueba documental.(Pons, 2011) Así podemos afirmar que las fuentes de prueba tienen su contexto en la vida de las personas, la realidad; mientras que los medios de prueba encuentran su esfera de existencia en el proceso judicial.

Entender la diferencia de ambas figuras resulta importante debido a cuatro aspectos importantes según Midon (2012) :

- a. La prueba es verificación y no averiguación. - Las fuentes de prueba son parte de la fase de averiguación e indagación, no formando parte de la etapa probatoria propiamente dicha, es por ello su naturaleza extraprocesal; mientras que los medios de prueba se ejecutan en el proceso y todo lo que produzcan tendrán carácter procesal.

- b. La pertenencia de la prueba. - Las partes en un proceso son las que se encargan de indagar, averiguar, investigar y por ello les corresponde aportar las fuentes de prueba; por otro lado, el juez está encargado de admitir y valorar los medios de prueba en el proceso, para así poder emitir un fallo.
- c. ¿Para quién se prueba? Relacionado con la adquisición procesal, las fuentes de prueba son conseguidas por las partes para el proceso, las cuales pueden ser solicitadas de oficio por el juez. Es por ello que se considera a las fuentes como sustantivo o sustancia, pues estas ya existían en la realidad.
- d. ¿Cómo se ha de valorar o apreciar la prueba? Se valora el contenido, la sustancia, es decir lo que representa la fuente.

#### **2.2.1.4. Principios rectores de la prueba**

Estos principios se encargan de ser líneas directrices para la prueba, no solo en el ámbito civil si no en diversas ramas jurídicas, siguiendo el criterio de Ovalle (2016) son los siguientes principios:

- a) Necesidad de la prueba: Según este principio que basa su fundamento en la lógica, las partes necesitan probar la existencia o inexistencia de los hechos que sostienen sus argumentos, derechos o pretensiones, para que así el juez pueda emitir una sentencia basada en las pruebas que se incorporen al proceso y dar solución a la controversia existente.
- b) Equilibrio procesal entre las partes: En el proceso ninguna de las partes puede verse en una situación ventajosa respecto de la otra, debe existir proporcionalidad

y paridad en la actuación probatoria de ambas partes, ejerciendo de manera igualitaria su derecho de acción y contradicción respectivamente.

- c) Prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos: El juez no puede decidir en un proceso en base a su conocimiento particular o privado, pues estaría tomando el papel de testigo, impidiendo que las partes efectúen la labor probatoria que corresponde.

Es de precisar que los conocimientos personales del Juez, que posee de antemano o que son adquiridos extrajudicialmente no representa una fuente legítima de prueba; lo que le da valor a una prueba es la contradicción a la cual se somete.

No podemos confundir este concepto con las máximas de experiencia de los jueces que representan el conocimiento general acumulado de los jueces, los cuales no tienen ningún vínculo con los hechos de un caso en concreto; del mismo modo tampoco se deben crear confusión con los hechos notorios, que son aquellos que son aquellos hechos que forman parte de conocimiento común en base a la experiencia de cualquier persona; es así que ambas figuras tanto máximas de experiencia como hechos notorios se descartan de esta prohibición del conocimiento privado del juez.(Rubio, 2019)

- d) Adquisición de la prueba: Cuando una de las partes aporta una nueva prueba al proceso, desde ese momento ésta ya no es de su pertenencia; pues la prueba le pertenecerá al proceso, con independencia de que beneficie o perjudique a la parte aportante.

- e) Contradicción de la prueba: Cuando una de las partes propone un medio probatorio, la contraparte posee el derecho procesal de refutar u objetar dicha prueba, para ello existirá una oportunidad en el proceso; lo cual puede hacerse también con la proposición de nuevos medios probatorios.
- f) Publicidad de la prueba: El término publicidad hace referencia al conocimiento público, en ese entender la valoración de las pruebas que funden una decisión judicial, deben ser conocidas por todas las partes de un proceso, e incluso por terceros; para así entender la motivación de un fallo.
- g) Inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba: La prueba pretende generar convicción en el juez, por ende, es lógico que quien dirija de manera personal la producción de las pruebas, sea el juez; así mismo esta dirección deberá realizarse sin la mediación de terceros.

#### **2.2.1.5. Objeto de la prueba**

El objeto de la prueba es todo aquello que frente a determinado órgano jurisdiccional puede ser demostrado, es decir aquello en lo que recae la prueba. Echandía (2016) manifiesta que por objeto de la prueba debe entenderse lo que pueda ser probado en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba, noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso y a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de aplicación igual en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas.

Pero, ¿qué se prueba el hecho o el derecho? Ante esta interrogante, puede surgir la casi inmediata respuesta de que se prueban los hechos y no el derecho; ello ante la

inminente diferencia que existe entre derecho y hecho; además del principio general de presunción de conocimiento y que por ende el derecho no se prueba; pero frente a este principio se olvida reconocer que el propio derecho es un hecho que se produce en la realidad.

La utilidad de la respuesta ante la interrogante y la consiguiente distinción entre hechos y derecho, sirve para constituir la regla general que son objeto de prueba los hechos y no el derecho. Así mismo nos permite saber “cuáles son los datos que pueden y deben ser probados por las partes, y cuales han de ser aportados al proceso por el juez, estando exentos de prueba” (Ferrer et al., 2018b)

#### **2.2.1.6. Los hechos como objeto de la prueba**

En términos generales los hechos pueden ser entendidos como los acontecimientos que tienen existencia propia, se suscitan en un tiempo y espacio determinado. Pero si nos referimos a los hechos desde una postura jurídica Yzquierdo (2014) manifiesta que un hecho puede ser:

1. Los actos humanos en sus diversas manifestaciones: Individuales, colectivos, voluntarios, involuntarios, temporales, continuos, etc.; estos se verán reflejados en figuras legales como los contratos, los delitos, etc.
2. Los hechos producidos por la naturaleza: Fenómenos naturales, desastres naturales, etc.
3. Los lugares, objetos, instrumentos, documentos donde haya tenido o no injerencia una persona; como por ejemplo un terreno que puede ser el objeto de prueba en un proceso de reivindicación, un testamento, un auto, etc.

4. La persona humana en si misma; en su concepción física, biológica, psicológica, social; por ejemplo, en casos de una denuncia por agresión física o psicológica, la persona será objeto de prueba.

Existen muchas posturas en la doctrina sobre lo que constituye el objeto de la prueba; pero se pueden distinguir dos grandes grupos (Calvinho, 2017):

- a. El objeto de la prueba recae sobre los hechos que se alegan en el proceso.
- b. El objeto de la prueba son las afirmaciones que las partes hacen sobre los hechos. Consideramos que la postura más acertada es aquella referida a que el objeto de la prueba son las afirmaciones, valoraciones y/o juicios que las partes hacen sobre los hechos; debido a que en un proceso debe entenderse a los hechos en su sentido amplio; ya que tendrá un fin procesal sumamente importante debido a que servirá como instrumento para acreditar una determinada postura.

#### **2.2.1.7. Hechos exentos de prueba**

El objeto de la prueba se encuentra delimitado por lo que las partes manifiestan de los hechos en un proceso. Rodríguez y Cabello (2019) expresan que se prueban hechos afirmados que deban de ser discutidos o discutibles, esto se refiere a los hechos controvertidos, aquellos que surgen cuando las partes no están de acuerdo en lo manifestado sobre dichos hechos; esto último basado en el principio de contradicción. Es así que resulta importante identificar cuáles son los hechos que no pueden constituir objeto de la prueba; siendo estos:

**A. Hechos admitidos:** En el Código Procesal Civil peruano podemos apreciar la siguiente normativa (Ministerio de Justicia, 2020):

**Art. 414.- Requisitos de la demanda:**

(...) 6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos numeradamente en forma precisa, con orden y claridad (...)

**Art. 442.- Requisitos y contenido de la contestación de la demanda**

Al contestar el demandado debe:

“(...) 2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;

3. Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos. (...)”

De los anteriores textos normativos, aunados al principio de contradicción, una de las partes en un proceso tiene la facultad de incorporar y/o alegar hechos; frente a ello la contraparte tiene la potestad de admitir o no dichos hechos. Si la contraparte manifiesta su conformidad respecto de esos hechos, no se produce la contradicción ni la controversia de estos; por ende, estos no requerirán ser objeto de prueba.

Llunch (2009) refiere que la admisión de estos hechos puede producirse de manera expresa y tácita:

- a. Expresa: Se realiza mediante la contestación de la demanda, donde se manifiesta la aceptación plena de los hechos argumentados por el demandante.
- b. Tácita: El silencio y las respuestas evasivas comportan la admisión tácita o la negativa genérica, puede ser apreciada como reconocimiento de verdad de los hechos alegados (Art. 442 Inc. 2 del Código Procesal Civil.). En este caso estaríamos hablando de una admisión aparente de los hechos, los cuales no estarían exentas de prueba en su totalidad; dependerá del criterio del juez en el proceso. (Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, 2093)

Cabe precisar que cuando se suscitan situaciones como la rebeldía, no se considera que sea una casuística de la admisión tácita o expresa de los hechos; es así que la parte que haya alegado los hechos debe probarlos y en consecuencia el juez valorar los medios de prueba.

## **B. Hechos notorios**

Los hechos notorios según son aquellos que pertenecen a la cultura de un colectivo; es decir aquel conocimiento que forma parte de la normalidad de un grupo social en un tiempo y espacio determinado.(Román, 1995) Este conocimiento surge por la interacción del grupo social con los hechos considerados propios o pertenecientes a

ese colectivo; cabe precisar que los hechos notorios no necesariamente son de conocimiento absoluto, ya que es casi imposible que todos los hombres conozcan de un mismo hecho en un entorno común.

Desde un punto de vista procesal los hechos notorios contribuyen con el Principio de Economía Procesal debido a que exonera a las partes de la labor de probar hechos que no lo requieren y así mismo permite que la justicia se ejecute con el conocimiento de la ciudadanía.(Ferrer, Vázquez Rojas, et al., 2018)

### **C. Hechos presumidos**

Para determinar una presunción legal debemos tener presente la existencia de: Los hechos conocidos, los hechos desconocidos y la relación que se desarrolla entre ambos hechos; de los cuales podemos manifestar que están exceptos de prueba los hechos desconocidos y la relación de causalidad.(Orrego, 2011) Las presunciones legales son aquellos enunciados normativos vinculados a la verdad de los hechos. En el caso de admitir prueba en contrario se reconoce como relativa; en caso no admita prueba en contrario se reconoce como absoluta. Cuando nos referimos a éste tipo de presunción -absoluta- se consagra una excepción de prueba de hechos presumidos (...). Cuando la ley presume que la cosa juzgada refleja la verdad no solo priva de eficacia a la prueba dirigida a demostrar la mentira de la sentencia, sino que también consagra la

inutilidad de la prueba dirigida a demostrar la verdad de la sentencia.

(Bobadilla y Ramírez, 2015)

#### **D. Hechos irrelevantes**

Gonzales (2018) señala que son aquellos hechos que resultan inútiles o impertinentes para probar aquellas afirmaciones hechas por las partes, su ineficacia radica en que no se relacionan directa e indirectamente a los puntos controvertidos del proceso y por ende resultan irrelevantes. (p. 76)

#### **E. Hechos imposibles**

Carrasco - Soulé (2017) señala que “Por imposible debe entenderse el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización” (p. 24) Llamados también hechos inverosímiles, es decir que son difíciles de creer; dentro de esta clasificación de pueden advertir los hechos imposibles absolutos o relativos, este último es de sumo cuidado debido a que su imposibilidad puede desaparecer con el desarrollo del conocimiento humano, un nuevo descubrimiento u otros factores.

#### **2.2.1.8. La verdad en el proceso civil**

La verdad en un proceso puede ser tema controversial y de mucho debate, debido a que como lo manifiesta Taruffo (2009) si se pretende dirigir un proceso hacia la búsqueda de la verdad surgirán cuestiones como ¿Qué tipo de verdad es la que se busca? Muchos filósofos sostienen que la búsqueda del conocimiento verídico de la realidad o dicho, en otros términos,

la búsqueda de la verdad resulta insulsa e incluso carente de sentido; frente a estas posturas filosóficas existen también diversas teorías sobre el proceso donde se descarta casi radicalmente que su objetivo sea alcanzar la verdad, argumentando que el proceso es solo es un mecanismo de solución de conflictos.

Ante al cuestionamiento de ¿Qué tipo de verdad sería el objetivo en un proceso civil? Pues sin duda alguna nos referimos a la verdad relativa, debido a que un proceso no se buscan verdades absolutas, Al respecto Yzquierdo (2014) sostiene que: La verdad procesal es relativa esencialmente porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede más que fundarse en las pruebas aportadas en el juicio, las cuales se presentan como instrumentos no absolutos de los cuales el juez puede servirse para conocer y entonces reconstruir de forma veraz los hechos de la causa. (p.76)

Podemos concluir entonces que el objetivo, fin o finalidad de un proceso en materia civil tal como lo establece nuestra propia norma, es la de dar solución a controversias que surgen por conflictos de intereses de las partes, y no el de establecer la verdad; este criterio es compartido por los códigos procesales modernos de varios países.

#### **A. Verdad material**

Conocida también como verdad real u objetiva, es aquella que se cree casi inalcanzable en un proceso, debido a que se sustenta en los hechos que realmente acontecen en la realidad. Se considera que este tipo de prueba es limitada, ya que se podrá llegar a ella de acuerdo a la actuación de las partes (actuaciones humanas que resultan falibles y por ende limitadas) y al aparato jurisdiccional frente al cual se pretende demostrar.

## **B. Verdad formal**

Denominada también como forense o judicial debido a que es producto de las acciones probatorias realizadas en un proceso civil, es decir son los hechos formalmente aceptados por un órgano jurisdiccional, el juez o un tribunal mediante una sentencia. Está verdad puede o no coincidir con la verdad material, aunque lo ideal es que ambas vayan de la mano.

### **2.2.1.9. La verdad jurídica objetiva**

Referirse a la verdad jurídica objetiva, permite advertir que el proceso deberá estar orientado a alcanzar la verdad del caso concreto o dilucidar hechos a fin de alcanzar una solución justa de la causa. Pero como los hechos, en cuanto tienen transcendencia jurídica, son mentalmente concebidos en su significación jurídica, la búsqueda de la actividad jurídica exige, además que la realidad de los hechos se entienda desde la óptica jurídica (*quaestio iuris*) (Yzquierdo, 2014)

El proceso debe estar dirigido para encontrar un equilibrio entre la verdad formal, los hechos que suceden en la realidad y el derecho; de esta manera la decisión del juez estará basada en una verdad jurídica objetiva; la cual resultará más justa y equitativa para la resolución de un conflicto de intereses.

### **2.2.1.10. Teorías sobre la finalidad de la prueba judicial**

- a) Establecer la verdad: La prueba sería un medio para alcanzar la verdad, aunque esta teoría es probablemente irrealizable debido a que como se ha desarrollado con anterioridad, en un proceso judicial no es seguro poder llegar a la verdad absoluta (verdad material); debido a que las actuaciones humanas destinadas a lograr el

conocimiento de la verdad son falibles. Muchos doctrinarios apoyan esta teoría, así podemos mencionar a Bentham, Ricci, Bonnier, Claria y Olmedo, pero también podemos encontrar autores opositores como Davis Echandia que manifiestan que establecer la verdad no puede ser el fin de la prueba, aunque el juez en un proceso se haya valido de las pruebas para emitir una decisión, estas pruebas pueden o no ser reflejo de la verdad. (Yzquierdo, 2014)

b) Obtener la convicción del juez: Según esta teoría la finalidad de la prueba es la obtención de convicción del juez de la veracidad de los hechos discutidos en el proceso, ello basado en la apreciación del juez sobre la existencia o no de ellos, lo cual configuraría una postura meramente subjetiva. Pero frente a esta teoría nos cuestionamos ¿Qué implica la convicción? Para algunos autores la convicción es un término psicológico relacionado a la idea de creer, entonces podemos concluir que la convicción del juez es la creencia de veracidad que éste tiene sobre determinados hechos. La convicción es la medida psicológica de la certeza, en un proceso civil no puede existir una certeza de conocimiento absoluto de los hechos; es por ello que está ligada al concepto de probabilidad.(Ramos, 2013)

c) La fijación de los hechos del proceso: Esta teoría sostiene que, si bien la prueba tiene como fin en diversos campos de la ciencia, la búsqueda de la verdad de hechos determinados; en el ámbito jurídico la finalidad es la fijación formal de los hechos en el proceso a través de procedimientos legalmente regulados. Es por ello que en la sentencia se ven reflejados hechos demostrados a través de determinados medios probatorios. Podemos afirmar así desde nuestra posición que esta teoría está íntimamente relacionada con la teoría anterior, la obtención de la convicción del

juez; ambas teorías en conjunto constituirían la finalidad procesal y jurídica de la prueba.(Houed, 2020)

#### **2.2.1.11. La finalidad de la prueba según la regulación del Código Procesal Civil**

##### **Peruano**

El artículo 188 del Código Procesal Civil regula: “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”(Código Procesal Civil, 1992)

Del texto podemos inferir que nuestra legislación adopta un criterio mixto de la finalidad de la prueba, pues engloba de manera expresa la teoría de la obtención de convicción del juez y la de fijación de los hechos como finalidad de la prueba; mientras que la obtención de la verdad es una teoría adoptada de manera tácita; pues siempre se buscará llegar a lo más cercano a la verdad en un proceso. Creemos acertada la postura del legislador, puesto que así se evitan problemas teóricos respecto de la finalidad de la prueba.

#### **2.2.2. Cuestiones preliminares en torno a la carga de la prueba**

##### **2.2.2.1. Carga Procesal**

Representa una obligación que tiene lugar en el proceso según el interés de las partes; pese a ser una obligación, su incumplimiento no origina sanción propiamente dicha, sino, una pérdida de oportunidad.

López (2021) manifiesta que la carga procesal es una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés propio del sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa . La carga procesal es una compulsión a ejecutar un determinado

derecho, mientras que el derecho en sí constituye una facultad o prerrogativa otorgada por el ordenamiento jurídico para que las partes realicen un determinado acto, por lo cual no deben confundirse las figuras del derecho y la carga. Es así que la carga representa un imperativo de interés particular y propio para las partes del proceso, debido a que, si la carga recae en una de las partes en específico y ésta no la ejecuta, podría perjudicarse a sí misma; constituyendo así la carga una especie de amenaza.

#### **2.2.2.2. Deber procesal**

Son imperativos jurídicos cuyo objetivo se centra en el beneficio colectivo y no solo en el de las partes, los deberes procesales no son de ejecución forzosa pero su incumplimiento se encuentra condicionado con sanciones como la multa, amonestaciones, etc. “En ciertas oportunidades esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, por ejemplo, los deberes de decir la verdad, de lealtad de probidad en el proceso y en otras se refiere a los deberes administrativos de los magistrados y sus colaboradores”. (Yzquierdo, 2014) Los deberes procesales sirven para darle una correcta orientación al proceso y es por ello que resultan importantes en la actividad probatoria.

#### **2.2.2.3. Obligación procesal**

La carga también puede ser confundida con una obligación, pero en contraste ésta representa un imperativo o prestación impuesta por un tercero con motivo del proceso, el cual puede ser cumplido o no; ello está sujeto a la elección sobre la persona en la cual recae la obligación, ese incumplimiento generará una consecuencia.

Todo individuo es libre de obrar o de no obrar, asumiendo las consecuencias de sus propios actos. El contenido de una orden, haciendo una abstracción de su

inoperatividad coactiva, no se puede expresar sino con las palabras: “Esto debe ser así” y en el derecho procesal, esta imperatividad coactiva consiste en poner a cargo de los individuos las consecuencias penosas de sus acciones o de sus omisiones. (Bobadilla y Ramírez, 2015)

El incumplimiento de las obligaciones puede generar un derecho a favor del tercero, representando así una responsabilidad subjetiva, un ejemplo claro de obligación son las condenas de costas que es impuesto por un acto judicial.

**Tabla 1**

Diferencias entre carga, deber y obligación procesal

Carga	Deber	Obligación
Relación jurídica activa	Relación jurídica pasiva	Relación jurídica pasiva
No existe relación jurídica con el Estado o con otro sujeto	Existe vínculo jurídico entre el sujeto con el Estado o con un tercero	Existe vinculo jurídico entre el sujeto con el Estado o con un tercero
Su incumplimiento es lícito y no es sancionable	Su incumplimiento genera una sanción	Su incumplimiento genera una sanción
	Su ejecución beneficia a un tercero o a un colectivo	Su ejecución beneficia a un tercero o a un colectivo

#### 2.2.2.4. Impulso Procesal

El proceso es un organismo sin vida propia que avanza justamente en virtud de los actos del procedimiento. Esta fuerza externa que los mueve se llama impulso

procesal, que, vinculado con la institución de los plazos, los cuales ponen un límite en el tiempo a los actos procesales, y con el principio de la preclusión, que establece un orden sucesivo, hace posible el desenvolvimiento progresivo del proceso.

El impulso procesal está íntimamente relacionado con la carga procesal, debido a que el proceso avanzará de manera célere de acuerdo a las cargas que se impondrán en el proceso. La carga de la prueba permite que las partes realicen actos como probar, comparecer, asistir a diligencias, etc.; generando así una especie de amenaza de que, si no ejecuta las cargas, el proceso continuará omitiendo su inejecución.

### **2.2.3. Carga de la Prueba**

La carga de la prueba muchas veces es relacionada con el *Onus Probandi*, ya que el término carga deriva del latín *Onus* que significa *peso*, entendiendo así la carga de la prueba como el peso de la prueba; es una manifestación de carga procesal que como hemos desarrollado con anterioridad es un imperativo procesal.

Cavani (2021) manifiesta que la carga de la prueba “es un poder o facultad de ejercitar libremente un acto previsto en la norma jurídica en beneficio propio, sin coacción, pero cuya inejecución acarrearía la pérdida del beneficio o de una chance (...)”

De manera que no se le puede obligar a las partes que puedan probar algo, sin embargo, si no lo hacen, simplemente no será considerado por el juzgador. Para López (2021), “la carga de la prueba atiende de modo directo a la determinación de cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de que no se haya probado un hecho y de modo indirecto a la fijación de qué parte debe probarlo” (p. 111). Si el hecho ha resultado probado no ha lugar ni siquiera a plantear la cuestión de la carga de la prueba.

### 2.2.3.1. Necesidad de la carga de la prueba

Cuando las pruebas que aportan las partes al proceso están referidas a hechos relevantes y no son suficientes o generan duda o incertidumbre en el juez, es el preciso momento en el que nace la carga de la prueba, puesto que el juez no puede abstenerse de resolver la controversia y la carga de prueba le servirá como guía para deliberar en base a los hechos no probados, que pretensiones debe estimar o no. El origen de la carga de la prueba nos remonta hacia la época del Derecho Romano, con la figura del *Non Liquet* (No lo veo claro) dónde los jueces tenían la potestad de no emitir un fallo en caso que los hechos o los derechos en el proceso no estuviesen claros, pudiendo trasladar el proceso a la instancia superior con un solo requisito, el de jurar no haber obtenido seguridad sobre la causa.

Desde el punto de vista doctrinal, la teoría de la carga de la prueba es la que "determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar". (Sandoval, 2018)

Existe otra corriente que vincula a la carga de la prueba con el riesgo procesal como fundamento. Benfeld (2020) hace referencia al *onus probandi*, como un riesgo procesal que debe asumir una de las partes que no haya aportado las pruebas necesarias para generar claridad procesal sobre los hechos discutidos. Es por ello que la carga de la prueba resulta de gran necesidad para lograr que el proceso pueda concluir con la claridad de los hechos materia de discusión.

### **2.2.3.2. Características de la carga de la prueba**

Para definir las características de la carga de la prueba hemos tomado en cuenta lo desarrollado por Cavani (2021) que considera tres aspectos como caracteres importantes:

- Es de aplicación para todo tipo de procesos: La carga de la prueba no es exclusiva de los procesos civiles, debido a que puede existir la falta de certeza en cualquier proceso y es por ello que éste puede aplicarse a procesos penales (mediante la figura del indubio pro reo), laborales, etc.
- La imperatividad de las normas del onus probando: Las reglas bajo las que rige el onus probandi se encuentran reguladas por ley y es por ello que cualquier, negociación, acuerdo, convenio que se tenga sobre ellas no tendrá validez si se realiza dentro o fuera de un proceso.
- Su aplicación es subsidiaria: La influencia del onus probandi se proyecta en todo el proceso, pero es en la sentencia donde se aplica, es decir cuando los fundamentos de los medios probatorios que sustentan las pretensiones no se encuentran del todo claros; es allí donde actúa la carga de la prueba.

### **2.2.3.3. Funciones de la carga de la prueba**

Echandía (2016) refiere que la carga de la prueba como institución procesal posee dos dimensiones, las cuáles pueden ser entendidas desde un ámbito subjetivo o referido a los sujetos a los que alcanza lo que constituyen las reglas de conducta de las partes y por otro lado el ámbito objetivo que hace alusión a las reglas de juicio para los jueces.

**Reglas de conducta para las partes en la carga de la prueba:** Llamada también como la dimensión subjetiva, la cual va dirigida específicamente al actuar de las partes, es decir determinar cuál de ellas va a tener que probar los hechos que sustenten sus pretensiones y de esta manera van a permitir al juez tener conocimiento de la veracidad o falsedad de los hechos litigiosos en el proceso. La importancia de estas reglas, radica en que son un imperativo que no son coercitivas, si no facultativas, ya que dirigen a las partes para saber cuál de ellas tendrá que probar, aunque su inejecución no tenga como resultado una sanción; funciona más bien como una herramienta de distribución de riesgo ante la falta de prueba. Dentro de las características de estas reglas tenemos:

- a. Dirigido inicialmente a las partes al momento de preparar su estrategia probatoria, para luego dirigirla al juez.
- b. Son normas de carácter imperativo de tipo personal, debido a que se centra en el actuar y decisión de las partes del proceso.
- c. Normas orientadas a la fase postulatoria del proceso, donde las partes recaudan sus pruebas y las introducen al proceso a través de los medios de prueba, para probar así a su favor los hechos controvertidos.
- d. A diferencia de las reglas de juicio para los jueces que son de resultado, éstas se refieren a la prueba como actividad, que es el despliegue de acciones que realizarán para conseguir una sentencia favorable.

**Regla de juicio para el juez:** Vinculado al ámbito objetivo, cuando el juez se encuentra en la etapa de decidir sobre la controversia y al no tener suficientes pruebas de los hechos

alegados, se genera una situación de incertidumbre, donde tendrá la potestad de elegir cuál de las partes debe esclarecer los hechos mediante el requerimiento de más medios probatorios o en su defecto el juez tiene el deber inexcusable de resolver la controversia. Estas reglas no suponen dotar al juez de una función distribuidora de la prueba a lo largo del proceso, sino que es al momento de dictar la sentencia en caso de falta de prueba sobre la afirmación de un hecho, donde el juez debe cuestionar cuál de las partes debe soportar las consecuencias de aquello.(Orrego, 2011) Las reglas de juicio para el juez no solo vienen revestidas del carácter objetivo si no también temporal, debido a que se van a aplicar en el momento en que el juez deba dictar sentencia en base a los hechos probados. Basado en lo desarrollado por Llunch (2009) las reglas de juicio para el juez poseen los siguientes caracteres:

- a. Normas dirigidas al juez, confiando en el pleno uso de sus facultades para dictar una sentencia ajustada al derecho.
- b. Norma Procesal y de observancia obligatoria para los jueces al momento de dictar sentencia.
- c. Representa una norma subsidiaria que actuará en caso que las pruebas aportadas al proceso no sean suficientes, causen incertidumbre o duda.
- d. Son normas que se aplican después de todo el despliegue probatorio que realicen las partes de proceso, es decir son normas de resultado; pero referido al resultado insuficiente de las pruebas.

Es importante aclarar que en el proceso civil si existen obligaciones para las partes, denominada obligación procesal y en contraste existe la regla de juicio para los jueces (la carga de la prueba objetiva):

**Tabla 2**

Obligación Procesal y Carga de la Prueba

Obligación procesal	Carga de la prueba
Prescripción normativa	Regla de un juicio para el juez
Deber procesal de las partes Artículo 109-6. Prestar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por conducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal	Probar no es un deber procesal No existe multa por no probar.

Nota: Tomado de Gaceta Jurídica

**2.2.3.4. La Prueba Difícil**

Por determinadas circunstancias o por la misma naturaleza de la prueba, pueden existir aquellas que resultan más difíciles de probar; éstas son las denominadas pruebas difíciles y su existencia no nace de hace poco; su origen se remonta hacía muchos años atrás. Para darle solución a estas pruebas difíciles la doctrina procesal ha creado dos figuras importantes: El favor probationes y la prueba levior. El favor probationes opera cuando la dificultad probatoria es in re ipsa, es decir “por si misma” la pretensión es difícil de probar; resultando este en un método que flexibiliza la prueba. Por otro lado, la prueba levior si bien apunta en la misma dirección que el favor probationes, es decir a relajar el rigor propio de la carga de la prueba, opera cuando la pretensión no es per se dé difícil probanza, sino que siendo en teoría sencilla, concurren

algunas circunstancias especiales, llamados factores determinantes, que hacen igualmente difícil la probanza de los hechos para estimar una pretensión como podría ser la amistad manifiesta, el grado de parentesco o la confianza debida, entre otros supuestos más, pues resulta imposible elaborar un catálogo acabo de aquellas situaciones.(Bobadilla y Ramírez, 2015)

### **2.2.3.5. Distribución de la Carga de la Prueba**

Desde el derecho romano se han desarrollado muchas teorías sobre la distribución de la carga de la prueba, con el objetivo de resolver una controversia judicial; así podemos observar las siguientes:

#### **Teorías basadas en el Derecho Romano**

##### **a. Teoría la carga de la prueba incumbe al actor (*onus probando incumbit actori*)**

En el derecho romano se consideraba que la persona encargada de probar era el demandante y en caso no pudiera hacerlo, el demandado debía ser absuelto. Aunque lo anotado por el derecho romano fue un valor incuestionable lo cierto es que no corresponde a la verdadera naturaleza de la carga de la prueba, ya que algunos de sus presupuestos o máximas han quedado desvirtuados en el tiempo. Se concluía que el actor dada su condición de iniciador del pleito, debía de probar a todo trance no solo los hechos constitutivos sino también los extintivos. (Yzquierdo, 2014)

##### **b. Teoría la carga de la prueba incumbe al que afirma no al que niega. (*onus probando incunbit ei qui decit non ei que negat*)**

Según esta teoría aquellos hechos negados no pueden ser probados; solo se atendería la posibilidad de probanza a los hechos afirmados, teoría que traería muchos problemas en los procesos de ser aplicada en la actualidad.

## Teorías Modernas

- a. **Teoría que exige al demandante probar los hechos en que se basa su pretensión y al demandado los de la excepción:** Cada parte en el proceso se encargará de probar aquello que le corresponda y le permita generar un fallo positivo a su favor. Como ejemplo se puede citar una pretensión ejecución de obligación de dar suma de dinero, en el que una institución crediticia afirma que ha brindado un crédito al deudor, hechos que debe ser probado con el contrato de préstamo y el pagaré firmado por el deudor; por su parte, si el deudor afirma haber realizado el pago total o parcial de la deuda, éste hecho debe ser acreditado con algún comprobante o boucher de pago.
- b. **Teoría de lo normal y lo anormal (Regla y excepción):** Se prueban aquellos hechos que son diferentes a los normales, aquellos hechos considerados normales son los que cumplen y respetan los derechos fundamentales; mientras aquellos que infrinjan tales derechos son los que deben probarse. Por ejemplo, en la demanda de obligación de dar suma de dinero, un hecho normal y que no requiere prueba es la celebración del acto jurídico, es por ello que no se cuestiona el acto jurídico; pudiendo ser un hecho anormal, que el deudor sea una persona menor de edad, lo cual requiere ser probado.
- c. **Teoría que impone la carga de la prueba a quien pretende innovar:** Esta teoría es muy similar a la anterior, debido a que innovar significa traer algo nuevo a una situación normal.

- d. Teoría de los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos:** Los hechos se clasifican en 1) constitutivos; 2) impeditivos o invalidativos; 3) extintivos. Los primeros, son aquellos que dan nacimiento a la relación jurídica, sea contractual o extracontractual; Los segundos, son los que, si bien no obstan el nacimiento de la relación jurídica, impiden la producción de sus efectos (error, dolo, violencia, incapacidad, simulación fraude); por último, los terceros aniquilan la relación jurídica (pago, prescripción liberatoria).(Benfeld, 2020) En base a lo antes descrito por el autor, se infiere que los hechos constitutivos son aquellos que serán probados por la parte demandante mientras que en contrapartida el demandado deberá responder por los hechos impeditivos y extintivos. En el ejemplo de obligación de dar suma de dinero, los hechos constitutivos, serían, la celebración del acto jurídico que otorga el crédito, la firma del pagaré firmado por el deudor y la transferencia del crédito en favor del deudor; los impeditivos, serían la incapacidad del menor de edad (deudor), y los hechos extintivos, serían que el deudor acredite el pago de la obligación dineraria.
- e. Teoría normativa de Rosenberg:** Leo Rosenberg, jurista alemán, profesor en Göttingen, Giessen y Leipzig y en la Universidad de Munich hasta su jubilación en 1956, este procesalista advierte que el problema de la carga de la prueba, está vinculado a la aplicación del Derecho; de manera que, al generarse incertidumbre jurídica la carga probatoria será soportado por la parte que desea tener éxito procesal; lo que da origen al principio de carga de la prueba, según el cual, cada parte que afirma ciertos hechos debe de probar los supuestos de hecho previstos en la norma y que le sean favorables

- f. Teoría de Gian Antonio Michell:** Gian Antonio Michell fue un jurista y académico italiano cuya importancia está ligada, además de sus aportes a la teoría del derecho procesal al derecho tributario, fue catedrático de derecho procesal civil en diversas universidades; primero Bari (1946- 1949), luego Parma (1949-1957) y finalmente Florencia (1957-1963) donde sucedió a Piero Calamandrei, este autor sostiene que la carga de la prueba será definida por el efecto jurídico perseguido por las partes. Esta teoría considera que la responsabilidad probatoria no depende de la condición de ser actor o demandado, sino de la "situación en que se coloca la parte en el proceso para obtener determinada consecuencia jurídica". Naturalmente, de presentar la demanda afirmaciones de descargo o versión distinta de los hechos soportara la carga de la prueba de las mismas; no así, si en su contestación se limita a la simple negativa o negación de los presupuestos de hechos constitutivos de su defensa.(Yzquierdo, 2014)
- g. Teoría de Devis Echandia:** Este autor coincide en lo sustancial con Micheli y con Rosemberg, llegando a una conclusión o definición que resulta de sumar los conceptos de ambos. Así, nos dice que está de acuerdo con ellos y con los autores que lo siguen, en que el único criterio aceptable para una regla general debe contemplar no solamente la posición de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse. (Yzquierdo, 2014)

#### ***2.2.4. Inversión de la carga de la prueba***

Se entiende por inversión de la carga de la prueba al desplazamiento o alteración de las normas o criterios genéricos que regulan la distribución de la carga de la prueba o el onus

probandi, lo que aparentemente podría entenderse como improcedente; existen muchas posturas sobre la conceptualización de la prueba en los campos doctrinarios y jurisprudenciales. Para algunos autores no existe la inversión de la carga de la prueba en sí, sino que es el legislador quien en determinados casos ha realizado una simple y pura modificación de la norma, sin que exista precepto alguno que autorice al Juez tal inversión. (Carnelutti, 2017)

Cavani (2021) manifiesta que hay dos conceptos que se pueden distinguir dentro de éste tema: La inversión propiamente dicha y el desplazamiento. La inversión es considerada como aquella atribución o modificación al orden normal de la carga de la prueba, ésta atribución se produce en las normas sustantivas como en el caso de Perú en el artículo Nro. 196 del Código Procesal Civil, que regula el onus probandi; siendo su característica más resaltante subjetiva. Por otro lado, se tiene al concepto desplazamiento, el cual se encuentra íntimamente relacionado a la presunción *Iuris Tamtum*. Lo que permite dicha presunción legal es que en un inicio la carga primaria se vea cubierta, pero por la propia naturaleza del *Iuris Tamtum* que permite la prueba en contrario, es que la carga se desplaza a la otra parte en el proceso; estando revestido el desplazamiento de un carácter objetivo y subjetivo.

#### ***2.2.5. Supuesto Legales de inversión de la carga de la prueba***

- a) **Supuesto legal de inversión directa:** Este supuesto se puede apreciar en las normas legales de carácter sustantivo, en donde se establece de manera expresa, como va operar la carga de la prueba en un proceso; en el caso de Perú podemos observar un ejemplo de este supuesto en el Art. 1969 del Código civil establece: "Aquel que por dolo culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

- b) Supuesto legal de inversión indirecto** Un caso sobre este supuesto lo encontramos en el artículo 912 del Código Civil que establece: "Al poseedor se le presume propietario mientras no se le prueba lo contrario". Podemos apreciar la influencia de la presunción Iuris Tantum que se encarga de facilitar lo regulado respecto a la carga de la prueba, debido a que ésta exonera de su labor probatoria a una de las partes beneficiada.
- c) Supuestos jurisprudenciales de inversión:** Este supuesto está referido a las situaciones que se presentan en los procesos judiciales donde la inversión de la prueba se da para la parte que tiene mayores facilidades y disponibilidad para probar; es decir a quien se encuentre en mejores condiciones de probar, esta doctrina es la llamada teoría de la carga dinámica de la prueba y podemos apreciar su aplicación en Jurisprudencia Nacional como en la Casación N°4445-2011- Arequipa en donde se ha trasladado la carga de la prueba al demandado por tener mejores condiciones de disponibilidad de la prueba. Se incorpora el criterio de flexibilización que busca la igualdad de la carga probatoria frente a la inequidad que puede presentarse en los procesos, basado en la facilidad probatoria lo cual va a permitir un mejor proceso probatorio..
- d) Supuestos convencionales de inversión** El ordenamiento jurídico peruano no regula la posibilidad que las partes puedan convenir o acordar fuera del proceso, respecto de cuál de ellas va a tener la carga de la prueba de acuerdo a su conveniencia; pero de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad de las partes, ellas están autorizadas a realizar acuerdos que tengan que ver con su relación jurídica.

### ***2.2.6. Teoría de la carga dinámica de la prueba***

Como contrapuesta a la teoría de la carga estática de la prueba, y teniendo en consideración la postura de inversión de la carga de la prueba es que estructura esta teoría.

Cuando en un proceso se presenta un hecho que sea de suma importancia para la emisión de un fallo justo, pero la parte que alega tal hecho no se encuentre en las condiciones de probarlo y sea más bien la contraparte la que tenga las mejores condiciones para probar; invocando principios como el debido proceso y el de solidaridad, el juez puede optar por aplicar el onus probandi dinámico y dejar la carga de la prueba en la contraparte, apartándose de la teoría de la carga estática de la prueba que afirma que quien alega un hecho debe probarlo. (Murcia, 2021) Las cargas dinámicas de la prueba resultan entonces como un alivio probatorio que consiste en la alteración de las normas regulares sobre carga de la prueba.

Uno de los grandes exponentes de esta teoría es Peyrano que (como se citó en Santos-Ballesteros et al., 2016)) manifiesta que según ésta teoría “se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla” (p.06). Es decir que las reglas de la carga de la prueba no se encuentran fijadas previamente, éstas se ajustan a la situación de cada proceso, a la naturaleza del caso, las pretensiones, la posibilidad de probar de las partes; justificando así el desplazamiento de la carga de la prueba de demandado a demandante o viceversa.

En la doctrina de las cargas probatorias clásicas se establece que si las partes en un proceso no logran alcanzar los medios de prueba que fundamentan sus pretensiones, el juez podrá emitir una sentencia argumentando la ausencia de certeza a falta de elementos fácticos que prueben los argumentos de las partes; frente a ello la teoría de la carga de la prueba no solo

otorga lineamientos sobre la conducta probatoria de las partes, si no también evita que los jueces se pronuncien con sentencias que no resuelvan la controversia a causa de insuficiencia probatoria (Gonzales, 2021) En el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Termas de Río Hondo (Santiago del Estero, Provincia de Argentina, situada en la Región del Norte Grande) durante los días 19 al 22 de mayo de 1993 se declaró lo siguiente: “La denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción.” (Peyrano, 2010, p. 78) Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas, la misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.(Sandoval, 2018)

#### **2.2.6.1. La Mejor Posición para Probar**

El concepto de la teoría de la carga dinámica de la prueba indica que aquella parte que se encuentra en mejor posición para probar es la que debe tener la carga probatoria; en base a ello surge la pregunta ¿Qué implica la mejor posición para probar? El ordenamiento jurídico peruano no establece cuales son los requisitos o las características que una de las partes debe poseer para considerar que se encuentra en mejor posición probatoria; pero otras legislaciones como del vecino país de Colombia, lo regulan como en su Código General del Proceso que en el artículo Nro. 167 Establece que: “(...) La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de:

1. Su cercanía con el material probatorio.

2. Por tener en su poder el objeto de prueba.
3. Por circunstancias técnicas especiales.
4. Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio.
5. Por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.
6. Entre otras circunstancias similares. (...)"

Como se ha visto con anterioridad la teoría de la carga dinámica actúa de manera subsidiaria y ello se ve claramente reflejado en la normativa colombiana anteriormente descrita.

#### **2.2.6.2. Cheapest Cost Avoider según el Análisis Económico del Derecho**

La teoría de las cargas probatorias dinámicas habilita a recurrir a la facilidad probatoria como criterio para asignar la carga de la prueba y constituye una aplicación concreta del principio de *cheapest cost avoider* que introdujo Calabresi al Análisis Económico del Derecho. (Calabresi, 2016) Este principio apunta a dirigir los incentivos para evitar los costos derivados de los daños, a quienes se encuentren en condiciones de hacerlo a un menor costo; es decir a aquella parte que puede evitar un daño a un costo menor.

Por su parte, Posner señala que, “El impacto social derivado de la actividad probatoria está en función del costo directo que acarrea producirla y de la probabilidad de que la prueba permita que la decisión se adecúe a la realidad multiplicada por el valor del litigio”. (Posner, 2003) Es decir, que en cuanto mayor sea el valor o monto que se encuentra en conflicto, lógicamente, será mayor el esfuerzo para producir pruebas convenientes a ser aportadas en el proceso; ello está asociado al costeo de obtener los medios probatorios. Es así que la carga de

la prueba recaerá según el análisis económico del derecho, en quien tenga la opción de probar a un menor costo; y de ser así en los procesos de responsabilidad civil médica, la parte que a menor costo podría probar son los centros médicos o profesionales médicos; al tener en su custodia ellos la historia clínica.

### **2.2.6.3. Antecedentes Históricos**

La teoría de las cargas dinámicas de la prueba no representa una doctrina actual ni moderna; puesto que encuentra sus orígenes según el derecho comparado, hace muchos años atrás; a continuación, se desarrollarán las teorías más importantes. En primer lugar, el Derecho germánico y derecho romano; Murcia (2021), sostiene que el principio de buena fe procesal fue planteado de manera primigenia por el Derecho Germánico, a través del cual el demandado no solo se debía negar las afirmaciones del actor; si no que debía fundamentar de manera concreta (es decir por medio de pruebas) su resistencia a las pretensiones del demandante. En sus primeros años el Derecho Romano y de manera simultánea el Derecho Germánico se flexibilizaron las reglas del onus probandi o carga de la prueba; por un lado estaba la onus probandi ordinaria (especialmente en casos de indemnización por daños y en materia hereditaria) por medio de la cual el demandante que conocía con mayor amplitud los hechos era el poseedor de la carga de la prueba; así mismo en el campo criminal si era el demandado quien poseía un mayor conocimiento de los acontecimientos se desplazaba sobre él la carga de la prueba.

Por otro lado, en el derecho inglés y español, por los años 1823 en Inglaterra Jeremías Bentham evidenció las grandes falencias que poseían los procesos judiciales por pertenecer la carga probatoria a la parte demandante; ocasionando procesos largos y llenos de abusos. El autor, advertía la siguiente interrogante ¿A cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la

prueba?, y señalaba que debe ser impuesta según el caso concreto a las partes que puedan aportar con menor dilación y gasto.(Hart, 1982) Esta teoría fue aceptada a posterioridad por países como España a inicios del siglo XX, donde la doctrina desarrolló las llamadas *favor probationes*, que le permiten al juez actuar de manera proporcionada con las partes, cuando en el proceso se presenten hechos de difícil probanza; así como en España esta teoría migró a otros países como Alemania.

Por América, tenemos al derecho argentino donde algunas teorías y autores afirmaban que la carga dinámica de la prueba se había originado en el vecino país de Argentina, lo cual queda descartado por lo expuesto líneas arriba; frente a ello no se debe dejar de mencionar que en Argentina existe una doctrina muy bien encaminada respecto de la onus probandi dinámica. Orrego (2011) halla un antecedente en la legislación argentina el año 1933, ya que un proyecto de reformas del Código civil de ese año formulaba en su Art. 1154 "Salvo disposición en contrario la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y los demostrativos de la no culpa pesa sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos" (p.348). Uno de los antecedentes más antiguos respecto a sentencias data del año 1957, el caso de Perón Juan Domingo llevado en la Corte Suprema de Justicia de Argentina referido al enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, donde en uno de sus apartados se estipula que: Los Códigos de fondo y las leyes de procedimiento reglamentan la carga de la prueba con especial consideración de las circunstancias de hecho y de la índole de las relaciones jurídicas correspondientes, no ateniéndose, por tanto, exclusivamente a los aforismos tradicionales y a las construcciones de la doctrina al respecto que no tienen otro valor que el de simples indicaciones generales.

En materia de enriquecimiento ilegítimo de los funcionarios, las circunstancias mismas y la naturaleza de las cosas, que toda legislación seria debe respetar en primer término, son las que exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento y no el Estado la de la ilegitimidad; es aquél quien está en las mejores condiciones para suministrar esa prueba, en tanto que para éste existiría, sino una imposibilidad, una grave dificultad evidente.

Como se puede apreciar de la lectura del fragmento del fallo, se aborda el tema del onus probandi y cómo éste debe estar a cargo de la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar; aunque no se desarrolle un estudio amplio sobre el tema, se da inicio al desarrollo de una teoría que tendrá mucha preponderancia en Argentina.

Se manifiesta que como antecedente más antiguo en el caso concreto de responsabilidad civil médica, se tiene una resolución del Juzgado de primera instancia de Rosario - Argentina del año 1978 referido a un caso de mala praxis quirúrgica. La Carga probatoria dinámica en este caso flexibilizó la rigidez en que habían caído las Reglas de la carga de la prueba y la dificultad que la aplicación de las mismas tenía en este caso; nació para aliviar la ímproba tarea de la víctima, paciente de un acto quirúrgico, consistente en producir pruebas diabólicas, tendientes a demostrar la culpa galénica en materia de responsabilidad civil médica. (Yzquierdo, 2014)

Dentro del desarrollo de la teoría de la carga dinámica de la prueba no se puede dejar de mencionar a Jorge W. Peyrano, distinguido jurista de Rosario (Argentina) que es sin lugar a dudas su gran impulsor, junto al gran jurista Chiappini fueron los primeros expositores de esta doctrina de modo sistemático. Así inicialmente, la descripción hecha por Peyrano y Chiappini era sencilla: Ante la verificación empírica de soluciones disvaliosas al momento en que el

órgano jurisdiccional aplicaba el rigor de las reglas clásicas de la distribución de la carga de la prueba, era necesario, apartarse excepcionalmente de ellas y, acudir, en subsidio, a otras reglas de juicio que denominó dinámicas. (Peyrano, 2010)

Gracias a los aportes de la jurisprudencia y los distintos estudios doctrinarios, la teoría de la carga dinámica de la prueba ha logrado evolucionar y conseguir consistencia que se ve reflejada en su regulación normativa en las legislaciones de varios países.

#### **2.2.6.4. Características**

- a. **Es de aplicación excepcional y de interpretación restringida:** La Jurisprudencia Argentina nos da referencias sobre la *aplicación excepcional* de la carga dinámica, al establecer en su normativa que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no puede aplicarse con carácter general e indiscriminado, en tanto constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del onus probando. Así pues, la carga dinámica de la prueba respeta las reglas rígidas o típicas del onus probandi que se establezcan en determinado ordenamiento legal (en caso de Perú regulado en el Art. 196 del Código Procesal Civil) considerándolas como el principio general o genérico, donde la carga dinámica solo se aplicará de manera excepcional, cuando las reglas típicas no resulten suficientes para alcanzar el conocimiento real de los hechos materia de controversia. Respecto de la *interpretación restringida*, ésta se vincula a las características o circunstancias especiales de cada caso, donde por su naturaleza se podrá aplicar de manera excepcional la inversión del onus probandi.

- b. Provoca un desplazamiento parcial y no total del onus probandi:** El juez de un proceso determinará en cada caso, cuando la carga de la prueba por la dificultad de los hechos, deba desplazarse en la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar los elementos probatorios; estando así a criterio del juez la aplicación del onus probandi dinámico y no siendo establecido previamente por una norma. Es así que este desplazamiento de la carga probatoria no es de la totalidad de los elementos facticos, sino sólo de aquellos hechos de difícil probanza. Como ejemplo se tiene la responsabilidad médica por mala praxis, donde el agraviado es quien debiera acreditar mínimamente la realización de la prestación médica; el daño sufrido, así como, el nexo causal; por su parte, el actor orientara su postura a probar la falsedad del acto (...). (Peyrano, 2010)
- c. El *onus probandi* se independiza de enfoques apriorísticos:** Las reglas típicas de la carga probatoria, son lineamientos o enfoques previos que establecen las conductas o actividades que deberán realizar las partes, de acuerdo a su posición como actores o demandados en un proceso; el onus probandi dinámico se aparta de estos lineamientos clásicos para que, de acuerdo a los hechos o circunstancias particulares del proceso, la carga de la prueba recaiga sobre aquella parte que se encuentre en una posición más favorable de otorgar los medios de prueba.
- d. No constituye una inversión de la carga de la prueba:** La carga dinámica de la prueba no hace referencia a la inversión de la carga probatoria; se relaciona más con la atribución del onus probandi sobre la cabeza de aquella

parte procesal que por distintos motivos como su profesión u oficio, circunstancias o posición se encuentre en mejores condiciones de probar los fundamentos fácticos.(Sandoval, 2018)

- e. **Flexibiliza la rigidez en que caen las reglas Clásicas de la carga de la prueba:** Las reglas clásicas de la carga de la prueba muchas veces resultan insuficientes para obtener los medios de prueba que permitan llegar a la verdad objetiva en un proceso; es por ello que se trata de otorgar desplazamiento al onus probandi a través de la carga dinámica de la prueba. Esta dinamicidad está basada en los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que traen consigo la aligeración del peso probatorio a través de la ruptura de los esquemas clásicos o tradicionales de la distribución el onus probandi. (Priori y Pérez, 2012) Cabe precisar que las reglas estáticas de la prueba no son reemplazadas en su totalidad, solo se produce un desplazamiento cuando la parte actora no se encuentra en condiciones de aportar las pruebas y la contraparte si, aligerando de esta manera el peso de la parte actora. Se flexibiliza así las reglas probatorias con el fin de evitar que se produzca un proceso injusto.
  
- f. **El órgano judicial debe advertir a las partes, previo a la producción de la prueba, que aplicara la doctrina:** Según esta característica si los jueces van a optar por aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba, es menester que ésta decisión sea comunicada a las partes antes de la producción de las pruebas, con el fin de evitar vulneraciones en el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de contradicción. Los jueces deben realizar de manera preliminar

un análisis de los hechos del proceso y verificar si se va a requerir la actuación probatoria especial por una de las partes.

- g. La parte en mejores condiciones de probar suele estar en mejor situación para desvirtuar la prueba en su favor:** Aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar los medios probatorios que sirvan para conseguir la verdad objetiva en determinado proceso, también será la parte que tendrá las herramientas para desvirtuar esos mismos medios de prueba; ya sea por su profesión, posición o circunstancias.

#### **2.2.6.5 Principales Fundamentos y Principios para su aplicación**

A lo largo de los años son muchos los fundamentos que han nutrido la doctrina de la Carga Dinámica de la prueba, resultado de las variadas posturas que los autores han desarrollado; siendo el objetivo principal de esta doctrina, el instar a la actuación leal, proba y de buena fe; en aras de la búsqueda de igualdad y equilibrio entre las partes para así acceder a la justicia en un proceso.

- A. Principios de solidaridad y colaboración procesal:** La colaboración de las partes, se efectúa aportando los elementos fácticos y de convicción que sean necesarios para permitir el desarrollo adecuado del proceso, lo cual concluirá con una sentencia justa para ambas partes. Si las partes no son solidarias y muestran reticencia de colaborar; reviste de efectos negativos al proceso. (Calvinho, 2020) Respecto al principio de solidaridad, se afirma que la parte en mejores condiciones de aportar el material probatorio es aquella que debe poseer la carga de la prueba, y no siempre la parte que haya alegado los hechos.

Si el demandado se negara a colaborar con el aporte de las pruebas que se encuentran en su poder, el juez podría considerar esta conducta como un indicio de que los hechos expuestos por el demandante son veraces; teniendo el demandado que desvirtuar tal afirmación (Nieva- Fenoll, 2020). La Carga dinámica de la prueba deja de lado la noción de lucha o enfrentamiento en el proceso, ya que se basa en la buena fe y lealtad de la conducta de las partes en el proceso; siendo guiadas por el principio de solidaridad y colaboración.

- B. La verdad jurídica objetiva y el alcance de la justicia:** La teoría de la carga dinámica de la prueba sostiene que el órgano jurisdiccional debe inmiscuirse de manera más activa en el proceso probatorio, siendo el objetivo la búsqueda de la verdad de los hechos y la justicia del caso. Un Estado basado en la democracia dirigirá su orden político y jurídico en un contexto revestido del principio fundamental de justicia; por ende, las normas o leyes que dirijan una nación deberán tener como fin el acceso a la justicia. La verificación de la obtención de justicia en un proceso, se verá reflejada en la sentencia, la cual debe contener criterios técnicos que impliquen: Conocimiento de los fundamentos fácticos y jurídicos de la controversia, la aplicación correcta del derecho deberá ir conjugada con los principios fundamentales bajo los cuales se rige la Constitución Política y demás normas que conforman el ordenamiento legal; uno de estos principios es la justicia. (Santos-Ballesteros et al., 2016)
- C. El deber de las partes de conducirse con la buena fe, la lealtad, la verdad y la probidad:** Halla su fundamento en el deber que tienen las partes de

conducirse en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, en el deber de colaborar entre sí para desentrañar la verdad de los hechos y en el deber de cooperación con el Órgano Jurisdiccional para averiguar cómo ocurrieron los hechos para que este pueda dictar una sentencia justa. (Yzquierdo, 2014)

**D. El principio de moralidad:** La moralidad es un concepto integrado por principios como la ética, verdad, lealtad y buena fe; los cuales deben ser incorporados en el actuar de todos los sujetos que intervienen en el proceso, tales como: Demandante, demandado, defensores, operadores judiciales, etc. Así mismo la moralidad está íntimamente relacionada con la voluntad de actuar de manera honesta en el proceso; lo cual va de acorde con la búsqueda y obtención de la verdad; que es el fin del proceso judicial. Cuando las pruebas son falsificadas, se obstruye el proceso probatorio o se ocultan medios probatorios que pueden ayudar a esclarecer hechos controvertidos; nos encontramos ante actitudes que transgreden y deforman el principio de moralidad.

**E. El principio de facilidad y disponibilidad probatoria:** La disponibilidad probatoria consistirá en que una de las partes posee en exclusiva un medio probatorio idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el principio de facilidad de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificultan a una de las partes la producción de un medio de prueba, mientras que para la otra esta resulta más fácil o cómoda. Es así que la carga dinámica de la prueba altera los estándares de la carga estática de la

prueba; dejando atrás la idea de que la parte que alega los hechos es la que debe aportar los medios probatorios; dándole dinamicidad al proceso al considerar que aquella parte que debe aportar las pruebas es la que por sus circunstancias se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. Se llega a esta situación de comparación, cuando la parte actora se encuentra en una posición de imposibilidad probatoria y en consecuencia en posición desventajosa frente a la contraparte que tiene el dominio probatorio.(Castillo, 2021)

#### **2.2.6.6. El fundamento constitucional**

El orden jurídico político de los Estados modernos se encuentra formado por diversos principios que se consagran en sus normas fundamentales, estos principios deben ser cumplidos a cabalidad; puesto que su omisión o violación traerá consigo el desorden y caos dentro de un país. La justicia es uno de los principios fundamentales que defienden las Constituciones de los Estados Democráticos, a la cual se arriba cuando el juez en un proceso, hace respetar la supremacía de la Constitución; por lo que las actuaciones judiciales deben estar enmarcadas dentro de los parámetros que ordena la Justicia y los demás principios fundamentales.

Las normas que rigen los Estados modernos se encuentran encaminadas a obtener la justicia, principio que rige el orden jurídico político; valores como la justicia, devienen orientadores en cuanto al legislador en su trabajo creador con el que desarrolla el ordenamiento jurídico, y en cuanto al juez, en su tarea de aplicar e interpretar el Derecho, y como quiera que supone un amplio margen de actuación para uno y otro por tratarse de un concepto abierto, puede tener diversas lecturas, pero siempre direccionadas a alcanzar los cometidos que la propia Constitución se postula, como lo son la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad y, en general, la garantía de cumplimiento de los principios, derechos y deberes

consagrados en la misma. (Mendoza, 2021) El proceso contencioso nace para que el Estado pueda impartir justicia cuando exista conflicto de partes respecto de ciertos derechos, a lo que se denomina la potestad de administrar justicia que tiene el Poder Judicial. La Constitución no define de manera taxativa los conceptos de Libertad, Igualdad o Justicia; que son algunos de los principios fundamentales que la integran; pues se encuentran de manera implícita en cada uno de los derechos que la norma fundamental regula. Si las partes ejecutaran la justicia a iniciativa particular o de propia mano, se generaría un caos; haciendo inútil la creación de los órganos jurisdiccionales y alterando el orden público; es por ello que la Justicia se imparte partiendo de lo regulado por la Constitución con cada uno de sus organismos y mecanismos; generando así seguridad en los integrantes de la sociedad. (Castillo, 2021)

La distribución de la carga de la prueba se basa en dos principios fundamentales, la igualdad y seguridad jurídica, la cual busca resolver incertidumbres jurídicas o conflictos de intereses; teniendo como resultado la obtención de la justicia y por ende paz; todos estos principios se encuentran consagrados de manera armónica en la Constitución.

- a. **Sujeto Procesal Desfavorecido:** El sujeto que afirma un hecho es quién debe aportar las pruebas que verifiquen sus afirmaciones; esto según la regla clásica de la carga de la prueba; pero por diversas situaciones el sujeto no puede generar los medios probatorios suficientes o se encuentra impedido de acceder a los mismos, por causa de la contraparte.
- b. **Sujeto procesal dominante:** Es aquel que tiene en su poder los medios probatorios esenciales para resolver la controversia; pero no los aporta al proceso debido a sus intereses particulares.

- c. **Prueba Esencial:** Es aquel medio probatorio fundamental para que el sujeto procesal desfavorecido pueda acreditar sus pretensiones; del mismo modo sirve para que el juez pueda resolver una controversia de la manera más justa posible, alcanzando o acercándose a la verdad objetiva.
  
- d. **Prueba diabólica:** Es aquella prueba de difícil producción o aporte para el sujeto procesal desfavorecido; la dificultad puede radicar en la naturaleza misma de la pretensión, lo cual la hace inaccesible.

Frente a los conceptos antes detallados surge el cuestionamiento de ¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba? Siendo la respuesta para Giraldo (2021): Que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contra parte. En cada caso se debe evaluar las circunstancias particulares como las condiciones económicas, técnicas, profesionales, jurídicas que determinan quién está en mejor posición de probar y de esta manera obtener la verdad objetiva para el proceso. ¿Quién soporta entonces la carga de la prueba dinámica? La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, la respuesta a esta pregunta lo esboza conforme a la jurisprudencia las cargas probatorias dinámicas implican que la carga de probar determinado hecho recae sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. Se valoran las posiciones de ambas partes, tanto de quien alego el hecho como también de la contraria. El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su afirmación y la contraparte hallarse en una posición de gran dificultad para derribar el hecho descrito por aquel. La carga probatoria dinámica supone entonces que el onus

probandi se encuentra sobre aquel que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó. (V. Romero, 2021)

Así mismo la parte beneficiada con el desplazamiento de la carga probatoria hacia su contraparte, está condicionada a probar su imposibilidad o falta de recursos para aportar los medios diabólica probatorios que en un inicio le correspondían.

#### **2.2.6.7. Doctrinas que cuestionan su aplicación**

Así como existen doctrinas que defienden la aplicación de la carga dinámica de la prueba, hay otras que la cuestionan, debido según refieren a la falta de precisión y reglas no claras que la rigen. Autores como Canelo y Castillo (2021) manifiestan que: Descalifica la doctrina alegando que la misma no sólo encierra un sofisma, contradice el estado de inocencia de todo aquél contra quién se pretende en un litigio privarlo de un bien (la vida, su libertad, su honra o su patrimonio).

Otros autores sostienen que la teoría de la carga dinámica de la prueba consiente una especie de dictadura por parte de los jueces, debido a que la distribución de la carga de la prueba se encuentra en manos de ellos; así mismo se deja desprotegido el derecho de defensa de las partes con la cuestión de que se otorgue el peso probatorio a la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar.

#### **2.2.6.8. La carga inámica de la prueba en el Derecho Comparado**

La legislación española, cuya normativa sirvió de modelo a la ley chilena, contempla en Ley de Procedimiento Laboral español, en su artículo 179, la tutela de los derechos de libertad sindical, en la que se precisa: En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violaciones de la libertad sindical, corresponderá al demandado la

aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En similar sentido, el artículo 181 orienta la aplicación de este procedimiento “a los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluidas la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional”

Santos-Ballesteros et al. (2016) señala que : (...), que la norma española, cuya redacción es muy similar a la chilena, especialmente la contenida en el proyecto enviado por el Ejecutivo, resulta aplicable a la violación de libertad sindical y a los demás derechos fundamentales y libertades públicas, semejantes a catálogo de derechos que son protegidos por el procedimiento de tutela chileno, según establecen los artículos 485 y 486 del Código de Trabajo. Podemos advertir, que le corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada. Además, que en España esta regla es aplicado tanto en la violación de la libertad sindical y a los demás derechos fundamentales y libertades públicas.

En Italia, se hace mención a las “presunciones jurisprudenciales” para referirse a las verdaderas presunciones creadas por la jurisprudencia, es decir, por los jueces; así, en relación a lo previsto en el artículo 2697 del Código Civil italiano, el Juez tiene libertad de no tenerla en cuenta si por algún motivo considera apropiado configurar otra forma de cargas probatorias asignadas a las partes. La justificación, en parte, es que el Juez evalúa caso por caso para establecer la producción de las pruebas no le corresponde a la parte que en principio tendría la carga, sino que puede ser diversa, y corresponder a quien tiene mayor disponibilidad de la prueba. (Taruffo, 2009)

En Argentina, fue acogida en el Código Civil y Comercial, específicamente en el contenido del artículo 1735, el cual prescribe: No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que se aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan su defensa.(Sandoval, 2018)

Asimismo, en Colombia se acoge la teoría de la carga dinámica de la prueba en el artículo 167 del Código General del Proceso, prescribiendo: Artículo 167, Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinados hechos a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contra parte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código (...).(López, 2021)

Por su parte, Chile, la reconoce como “consiste en que el Juez puede distribuir la carga de la prueba dependiendo de la facilidad y disponibilidad de las pruebas que tengan las partes, avisando previamente a estas de las consecuencias de su no aportación en el juicio” (Murcia,

2021) Es de precisar que, el legislador también ha innovado en este clásico sistema de reparto de la carga de probar, favoreciendo la flexibilización, se da en materia de tutela laboral de derechos fundamentales de los trabajadores. (Meroi y Ramírez-Carvajal, 2020)

#### **2.2.6.9. La Carga Dinámica de la Prueba en el Perú**

**A. Código Procesal Civil:** Buzaid citado por Gonzales (2021) explica porque es necesario incorporar un sistema de la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico, basando su postura en dos argumentos:

1. El juez no puede dejar de dictar sentencia frente a hechos que carezcan de certeza o sean difíciles de probar; es decir el juez no puede abstenerse de fallar en favor de una parte u otra, argumentando el Non Liquet.
2. Las partes buscan generar convicción en el juez sobre sus argumentos mediante las pruebas que aportan al proceso, siendo diligentes en esa actividad podrán conseguir dicha convicción.

La legislación peruana regula la carga de la prueba en dos artículos del Código Procesal Civil los cuáles son: “(...) Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos” (...) “(...) Artículo 200. Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o convención, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada. (...)”

**B. Las Reglas de Juicio:** Según el plano dogmático las reglas de juicio son instrumentos que sirven a los jueces al momento de dictar sentencia y se encuentre frente a hechos relevantes para el proceso, los cuales sean dudosos,

inexactos o no se encuentren claros. Para aplicar las reglas de juicio es necesario resolver el cuestionamiento de si éstas reglas van a operar ante la insuficiencia probatoria o la inexistencia de la misma, una parte de la doctrina considera que opera para ambos casos ya que en las dos situaciones no se ha logrado esclarecer la existencia de los hechos; mientras que otra corriente de la doctrina manifiesta que para los casos donde exista insuficiencia probatoria si se aplicarán las reglas de juicio y para los casos de inexistencia probatoria se aplicará el principio de aportación de parte, mas no el de las reglas de juicio.

Según nuestra legislación, de lo regulado en el artículo 200 del Código Procesal Civil; se puede inferir que no existe una inclinación hacia una doctrina definida, siendo más bien su postura por la de aplicar las reglas de juicio, tanto en la inexistencia de prueba como en los supuestos de insuficiencia de ellas.

El momento en el que se produce la duda sobre los hechos objeto del proceso, es cuando el juez debe dictar sentencia y por ende valora todos los medios de prueba, pudiendo encontrar no solo hechos dudosos si no también insuficiencia de prueba o inexistencia de la misma.

- C. Reglas de distribución de la carga de la prueba:** Nuestro Ordenamiento Jurídico ha optado por una regulación al igual que varios países de Latinoamérica caracterizada por una atribución fija de la carga de la prueba. Ledezma (1999) manifiesta que de acuerdo a lo regulado en los artículos 196 y 200 se aplica el principio dispositivo, donde la carga de la prueba estará a

cargo de quien afirma los hechos y si no se logra acreditar la existencia de tales hechos, la pretensión deberá ser declarada infundada. La acreditación mediante las pruebas será solo de aquellos hechos alegados por las partes y en la etapa del proceso que sea oportuno.

**D. El principio dispositivo y el Principio de aportación de parte:** Según éste principio son las partes (demandante y demandado) las encargadas de estimular e impulsar la actividad del tribunal, así como los elementos fácticos y jurídicos sobre los cuales se trabará la litis dentro del proceso y respecto de los que el tribunal o la o el juez tendrán que decidir. El principio dispositivo también va a permitir a las partes aportar los hechos y las pruebas al proceso, delimitando así la materia sobre la cual se va a ejercer justicia; es decir que tanto el demandante como demandado de primera mano son los encargados de aportar los medios probatorios que generen convicción sobre sus pretensiones o argumentos. El principio dispositivo encuentra su expresión máxima en el derecho civil que es la representación clásica del derecho privado, donde las partes son dueñas de demandar, desistir, allanarse, etc. Las partes no pueden renunciar a este principio, debido al tipo de gobierno democrático que rige en nuestro país.(Capcha, 2021) Por otro lado, tenemos al principio de aportación, qué hace referencia a quien introduce los argumentos que contienen los hechos y las pruebas al proceso; siendo su fundamento el vínculo directo que tienen las partes con los hechos, las personas, los documentos, etc. que van a servir de medios de prueba, este principio de aportación puede ser modificado sin que se altere el régimen

democrático de un país. Se marca la diferencia entre el principio dispositivo y el de aportación de parte, es el carácter necesario del primero, y eventual del segundo. Así como el legislador no puede autorizar al juez para que inicie de oficio un proceso y determine su contenido, si puede, en cambio, sustraer de las partes el monopolio exclusivo de la iniciativa probatoria y repartirla indistintamente con el juez.

A manera de conclusión, en nuestro Código Procesal Civil la carga de la prueba se encuentra regulada en el artículo 196 y 200, el mismo que prescribe: “Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. Este párrafo responde a una postura meramente estática respecto a la carga probatoria, es decir, el acto probatorio corresponderá únicamente a la parte demandante, debiendo ser ella y solo ella quien deba probar lo que afirma. Está claro que quién debe probar es la parte quien hace las afirmaciones, de lo contrario no va a poder alcanzar una sentencia favorable, esto está vinculado con el derecho de acción para tutela jurisdiccional efectiva, donde la parte tiene la opción de ejercer su derecho de acción para tener una correcta actividad probatoria en la que puede ofrecer medios de prueba, hacerlos actuar o darles funcionalidad probatoria. Quien afirma un hecho y en base al mismo solicita una pretensión debe probar la veracidad del hecho afirmado, ello para provocar que el Juez pueda fallar a su favor y de esta manera obtener la pretensión solicitada, en esa línea de ideas, es posible inferir que en el proceso civil peruano la carga de la prueba no es

dinámica, es decir, no está sujeta a cambio alguno sino por el contrario es meramente estática.

#### **2.2.6.10. Principios de imparcialidad y parcialidad**

La imparcialidad es el fundamento del proceso civil, penal, contencioso-administrativo; etc, de todos los procesos en general, la justicia se basa en la imparcialidad de los sujetos que intervienen en la resolución de un proceso judicial.

Es importante saber la relación que existe entre ser parte y la imparcialidad, respecto a ello se debe manifestar que la parcialidad está referida a la posición que una persona tiene en un proceso por su condición de sujeto procesal y que de acorde a ello, tendrá determinadas actuaciones que contribuyan con el rol que ocupa en un proceso judicial. Dicho en otros términos dentro del proceso cada quien tiene una serie de funciones que cumplir, ante ellas le corresponde solo a las partes el deber de confirmar su dicho dentro del proceso.

El principio de imparcialidad está vinculado con el debido proceso, pues éste último defiende la existencia de un equilibrio real de las partes dentro del litigio, según Martínez (2007) “No solo aparece como el instrumento que procura garantías en la actuación del derecho material, sino que también impone límites a la acción del Estado, al punto de constituir un freno a la potencial acción arbitraria de este frente a todas las persona sujetas a dicha acción” (p.4). Siendo así el debido proceso y la imparcialidad tienen un vínculo estrecho, en la medida en que el juez se mantiene sin interés propio frente al proceso, él está allí en un plano superior como un sujeto que garantiza un equilibrio procesal y auténtico de las partes.

La imparcialidad se verá consolidada a través de la independencia e imparcialidad del juez, recordando que su independencia es parte de su rol como sujeto dentro del proceso, es su

deber no permitir influencias o direccionamientos en la toma de decisiones sobre temas controvertidos en el proceso: así mismo la imparcialidad es un presupuesto que parte de la posición de tercero del juez frente al proceso, un juez imparcial es aquel al que no le está permitido sustituir a las partes en su deber en el proceso, debido a que no se encuentra en un mismo plano de igualdad con ellas, es decir, la imparcialidad supone la no injerencia del juzgador en cuestiones ajenas a su función, actuar de otra manera implicaría directamente el incumplimiento de sus funciones y el resultado sería un proceso desequilibrado para los sujetos procesales.

La independencia y la imparcialidad responden al mismo tipo de exigencias, dado que buscan proteger a los ciudadanos en los procesos judiciales, y que sean juzgados desde una posición equilibrada e igualitaria del derecho, siendo así la imparcialidad el deber de independencia frente a las partes en un conflicto. (Aguiló, 2009). Las decisiones en un proceso judicial serán justas cuando provengan de actuaciones del juez que no abandona su rol y se involucra en el proceso, por que al dejar de lado la imparcialidad y sustituyendo a una de las partes del proceso, el juez rompe con el equilibrio propio del proceso, no asegurando una decisión justa y objetiva.

#### **2.2.6.11. Eficientismo y garantismo procesal**

El garantismo procesal, es entendido como el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que va a asegurar el debido proceso, mientras que el eficientismo procesal está vinculado con la tutela jurisdiccional efectiva.

Gonzales (2012) “El eficientismo procesal tiene perceptibilidad conjunta al posmodernismo, se puede afirmar que el eficientismo trajo de equipaje jurídico al

eficientismo procesal; entonces, el eficientismo se identifica al poco tiempo de iniciada la segunda posguerra mundial, precisamente en el ánimo de transformar la tutela de los derechos, haciéndola una garantía de fuente constitucional y esta la razón de justicia de todo el orden normativo” (p.289). Con los avances tecnológicos y los nuevos retos sociales que se originaron con la postmodernidad se ha prestado particular atención del eficientismo procesal, dado que el derecho no puede permanecer estático frente al dinamismo de las sociedades.

“El eficientismo procesal, en suma, viene a representar un cuarto estadio de los conocimientos procesales (los otros son la práctica forense, el procedimentalismo y el procesalismo) que ha venido a insuflar aires nuevos al tradicional ámbito del procesalismo clásico. Sus ideas armonizan y complementan a las ideas activistas, generándose así una sinergia que reputamos muy beneficiosa”. (Peyrano, 2003, p.26) Siendo así es una filosofía que busca la optimización de los sistemas legales y judiciales; teniendo como objetivo agilizar y acelerar los procesos judiciales, lo cual implica reducir costos e implementar servicios de accesibilidad sin dejar de lado la equidad que debe existir entre los derechos de los sujetos procesales.

El garantismo procesal está referido a un enfoque jurídico que busca el respeto de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, pone énfasis al acceso de los sujetos a un juicio justo es decir que se respete sus derechos legales en todo el proceso judicial, el garantismo procesal está también vinculado al debido proceso. Ferrajoli (2007) enfatiza la importancia de proteger los derechos individuales y la necesidad de un sistema judicial imparcial, lo cual representa el garantismo procesal.

Ambas figuras contribuyen con el alcance de un sistema justo, que no perjudique ni vulnere derechos fundamentales de los sujetos dentro de un proceso judicial, siendo ambas parte

de la modernización del derecho procesal civil y que deben ser tomados en cuenta por los operadores de justicia.

#### **2.2.6.12. Los poderes probatorios del juez y de los sujetos procesales**

Existen modelos del proceso como por ejemplo el modelo que busca la obtención de la verdad centrando su atención en las partes o aquellos que centran el proceso entorno al juez o también denominado iquisitivo. Para la determinación de los poderes probatorios es importante la participación de las partes; dado que se busca el equilibrio en ese reparto de los poderes probatorios, según el jurista Ferrer (2017) existen 6 poderes probatorios que son independientes; siendo estos:

- a) **La facultad del juez de admitir o rechazar las pruebas que aportan las partes al proceso.-** Relacionado con la potestad discrecional de los jueces, siendo un ejemplo cuando el juez no admite pruebas redundantes sobre un mismo hecho, esta inadmisibilidad requiere un análisis del conjunto de las pruebas aportadas; facultad que solo posee el juez.
- b) **La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba como en los casos de las pruebas periciales o de testigos.-** Este poder le atribuye al juez la facultad de intervenir de manera directa, formulando preguntas, consultando detalles y haciendo presiones. De la misma manera las partes poseen el poder de marcar un límite en sus declaraciones, adquiriendo importancia el principio de contradicción que debe ir aunada a la tarea del juez.
- c) **La capacidad del juez de advertir a las partes la existencia de lagunas probatorias.-** Mediante este poder el juez puede señalar y determinar a las partes, que pruebas deberían aportar al proceso y que no se han aportado para el

exclarecimiento de los hechos alegados; este poder también podría ser considerado como un deber, que queda sujeto a la discrecionalidad de éste. Del mismo modo y en contraste una vez indicada la laguna probatoria, surge la interrogante de si las partes tienen el deber o facultad de aportar esos medios probatorios.

- d) **La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes.-** Esta capacidad está vinculada con las pruebas de oficio de los jueces, siendo un aspecto importante la determinación del momento procesal en el que el juez puede solicitarlas y de acuerdo al principio de contradicción también se deberá determinar si las partes tienen la facultad en ese momento procesal de allegar al proceso pruebas que contradigan las pruebas adquiridas de oficio.
- e) **Capacidad del juez de alterar durante el proceso la carga de la prueba.-** En esta capacidad se encuentran las cargas dinámicas de la prueba, íntimamente vinculada con la imparcialidad de los jueces; mediante esta capacidad se le atribuye al juez el poder de alterar la carga de la prueba en determinados casos, en la parte que tiene mejor acceso o facilidad para producir la prueba.
- f) **La imposición al juez del deber de decidir que hipótesis fácticas se consideran probadas.-** Cuando se establece el nivel de suficiencia probatoria, los estándares de prueba se encargan de distribuir el riesgo del error entre las partes, es por eso que el juez tiene la facultad de decidir a que nivel debe ser la comprobación de las hipótesis fácticas para considerarse que se puedan probar; en definitiva con esa situación estará decidiendo la suerte probatoria.

### **2.2.6.13. Las pruebas de oficio y el activismo probatorio**

Las pruebas de oficio están referidas a las pruebas que un juez puede recoger de oficio, es decir; sin que sea necesario que las partes las alleguen o presenten al proceso; estas pruebas pueden ser de cualquier naturaleza, como documentos, testimonios u otros que el juez considere necesarios para la resolución del proceso. También se podría definir a las pruebas de oficio como aquel poder que se le otorga al juez para incorporar al proceso que dirige, las actuaciones de medios probatorios adicionales con el propósito de esclarecer hechos controvertidos.

La prueba de oficio es un tema bastante polémico, dado a que su uso es casi cotidiano en los procesos judiciales, por lo que ha traído bastantes problemas y observaciones por la doctrina.

En la búsqueda de la verdad procesal, resulta fundamental que las afirmaciones sobre los hechos realizadas por las partes en el proceso se encuentren debidamente verificadas. Sin embargo, a veces los medios probatorios aportados por las partes no son pertinentes para acreditar sus afirmaciones; por lo que, el juez podrá colaborar en esta búsqueda del convencimiento judicial a través de las pruebas de oficio. Cavani (2019) señala que en la prueba de oficio pueden encontrarse hasta 4 características:

- a. La prueba de oficio se emplea ante la falta de esclarecimiento de un hecho relevante.
- b. La oportunidad, dado que solo puede usarse esta facultad luego de la actuación probatoria, cuando el juez se encuentra por sentenciar.
- c. El contenido de la prueba de oficio no delimita cuales serán esos medios probatorios que pueden ser incorporados.

- d. Su objetivo es incrementar los medios probatorios, para así tener mayores elementos de juicio para dictar sentencia.

En nuestro ordenamiento legal las pruebas de oficio se encuentran reguladas en el artículo 194 del Código Procesal Civil, que fue modificado en el año 2014 y el cual se halla desarrollado de manera más profunda en el Décimo Pleno Casatorio Civil, publicado el 24 de setiembre del 2020; en el cual se establecen reglas de carácter vinculante sobre la prueba de oficio y la valoración de las pruebas, en este pleno se reitera al juez que debe valorar de manera global los medios de prueba, dado que estos medios pasan a ser parte integrante del proceso; siendo estas reglas vinculantes las siguientes:

- a. El art. 194 del Código Procesal Civil le confiere al juez el poder probatorio de manera excepcional y no como una obligación, con lo cual se le permite al juez utilizar las pruebas de oficio cuando determinado proceso lo amerite, respetando lo establecido por el ordenamiento normativo.
- b. El juez deberá fijar los puntos controvertidos de manera precisa, es decir no solo se deberá consignar una simple descripción de las pretensiones.
- c. El juez de primera o segunda instancia, al utilizar las pruebas de oficio deberá de ser exhaustivo en los siguientes límites: Excepcionalidad, pertinencia, fuentes de prueba, motivación, contradicción, no suplir a las partes y debe darse en una sola oportunidad.
- d. El contradictorio debe ser previo o diferido, y empleado por los sujetos procesales de manera oral o escrita, ello de conformidad con la naturaleza del proceso.

- e. En la primera instancia el proceso es escrito, y en esta situación el juez podrá hacer uso de las pruebas de oficio al momento de terminar la práctica de las pruebas admitidas, y de manera excepcional antes de la sentencia; mientras que en los procesos orales se deberá realizar en la audiencia preliminar y de forma excepcional en la audiencia de pruebas.
- f. Si el medio probatorio es extemporáneo o no fue admitido por declaración de rebeldía, el juez de primera o segunda instancia deberá de revisar si es relevante o pertinente; de la misma forma se le debe atender los medios de prueba que son declarados improcedentes y no hayan sido apelados.
- g. Dentro de un proceso el juez deberá evaluar la necesidad de solicitar las copias certificadas, físicas o virtuales de los procesos o procedimientos que tengan vinculación con la controversia central y que sean de importancia para la obtención de un resultado óptimo.
- h. Si es que un proceso se encuentra en estado de apelación, la Sala Superior en la resolución que programa la vista de la causa deberá indicar la posibilidad de actuar las pruebas de oficio, la cual podrá ser sometida al contradictorio en la audiencia de vista de la causa.
- i. Cuando se apela la resolución que ordena la prueba de oficio, se concede esta apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, en segunda instancia, el cuestionamiento de oficio podrá ser alegado como argumento en el recurso de casación, siempre y cuando sea viable este recurso.

- j. Cuando el proceso judicial esté relacionado con derechos reales, el juez puede utilizar como prueba de oficio las siguientes: Inspección judicial en el bien materia de debate, prueba pericial para la identificación del inmueble, documentos referidos a la inscripción del predio en Sunarp, búsqueda catastral, certificado registral inmobiliario, copias certificadas, etc.
- k. En los procesos donde se discutan pretensiones de naturaleza persona, y haya insuficiencia probatoria el juez podrá emplear como prueba de oficio aquellos medios que sirvan para determinar la veracidad de los hechos materia de controversia.
- l. En los procesos que discutan derechos de personas en condición vulnerable por cuestiones de género, edad, discapacidad, o sean comunidades indígenas o minorías, migrantes, personas en extrema pobreza u otros; en estos casos el juez podrá solicitar las pruebas de oficio cuando constate que en proceso existen limitaciones para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la normativa peruana, o del sistema interamericano.

La prueba de oficio y el activismo probatorio en épocas de postmodernidad solicitan a los operadores de justicia, que se realice una debida probanza de las pretensiones que los sujetos procesales invocan, así mismo se solicita que el juez guiado por el dinamismo probatorio verifique, ratifique y defina la veracidad de los hechos; lo cual va permitir la emisión de sentencias justas. “Precisamente es el activismo procesal probatorio la tendencia que justifica la constitucionalidad de la prueba de oficio en la verdad y justicia que el órgano jurisdiccional debe promover en su sentencia. Esta nueva perspectiva evidencia el clamor respecto a la

atención de exigencias socio-jurídicas reales para así prestar un servicio de justicia social más eficaz teniendo en cuenta el grado de intervención del juez en igual nivel que la responsabilidad de las partes, sin subrogar a las partes ni sobreponer la dinámica oficiosa del juez sobre la actividad probatoria de las partes” (Aldea, 2023).

Los jueces en el Perú deben asumir un rol más activo en la conducción de los procesos, mejorando la actividad probatoria, sobre todo en las pruebas de oficio; que en la actualidad no se realizan de manera adecuada, siendo el objetivo la obtención de hechos reales a través del equilibrio entre las cargas, poderes y facultades de los sujetos procesales en conjunto y concordancia con los poderes de los jueces.

Las pruebas de oficio están íntimamente relacionadas con las dinámicas probatorias, pero debe establecerse que las dinámicas probatorias encuentran su sustento en la solidaridad probatoria que responde a las nuevas exigencias sociales, siendo su aplicación de carácter excepcional y restrictivo; siendo su fundamento el de adjudicar la carga de la prueba a quien se encuentra en mejores condiciones de probar cuando los hechos no se encuentren determinados de manera indubitable.

Las pruebas de oficio se emplean al terminar la práctica de las pruebas admitidas, de manera excepcional antes de la sentencia; luego de haber agotado esta etapa y cuando el juez se encuentre en la construcción de premisas para la sentencia deberá acudir a la carga de la prueba. Es así que en la etapa resolutoria cuando a pesar de haber empleado las pruebas de oficio y agotado la actividad probatoria; y aún existan premisas que no se hayan esclarecido puede acudir a la carga de la prueba.

Concluyendo así que la prueba de oficio y la carga de la prueba son figuras que no entran en conflicto, si no todo lo contrario; se complementan, dado a que se aplican en momentos distintos del proceso judicial; dado que la prueba de oficio será empleada en la etapa valorativa y la carga de la prueba será utilizada en la fase resolutoria, cuando el juez determine que hay pretensiones que no fueron acreditadas y es en esa etapa que determinará cual de las partes se verá perjudicada por esta insuficiencia probatoria. (Obando,2008). La correcta aplicación de la prueba de oficio y el respeto por sus límites contribuirá con la eficacia del proceso, asegurando la imparcialidad y preservando el derecho de defensa.

### ***2.2.7. Responsabilidad civil médica***

#### **2.2.7.1. Teorías de la Responsabilidad Civil**

- a. **Teoría Unitaria:** La palabra “responsabilidad” etimológicamente proviene del latín tardío *respondere* que según Espinoza “Es el movimiento inverso de *spondere*, cuya raíz lleva en sí la idea de rito, solemnidad y, con ello, el de la formación de un determinado equilibrio, de un determinado orden, con un carácter de solemnidad así *responderé* presupone la ruptura de tal equilibrio, de tal orden, y expresa con ello la idea de la respuesta reparadora de la ruptura”. Como consecuencia de la mencionada ruptura surge el juicio de responsabilidad mediante el cual el costo de un daño se transfiere del sujeto a otro sujeto, a través de la imputación al segundo de una obligación, la cual tiene como contenido el resarcimiento del daño.

En nuestro Código Civil, el primer párrafo del artículo 1321, establece que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”; por su parte, la primera parte del artículo 1969 precisa que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a

indemnizarlo”. De dicho contenido, se puede deducir que sea por incumplimiento de las obligaciones, o sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y por ello se ocasionan daños, la sanción que impone el código Civil al responsable es la de indemnizar. Por ende, según esta teoría se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela de los derechos que tiene por finalidad imponer al responsable la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado.

**b. Teoría clásica:** Para la teoría clásica el fundamento de la obligación de indemnizar viene dada por la culpabilidad; puede ser dolo o culpa, del agente causante del daño. Según Albiña (2007) p.265, se le llama subjetiva “porque la razón de existir de la obligación de indemnizar es la actuación imputable de quien causa el daño”. La culpabilidad (dolo- culpa) es el eje; ya que sobre este punto se ha de realizar la actividad probatoria (de la víctima).

**c. Teoría moderna:** Esta doctrina nace producto de las críticas en contra de la teórica clásica, a diferencia de la anterior teoría en ésta, nose atiende a la conducta que causa el daño, sea dolosa o culpable; sólo se atiende al resultado material producido que es el daño.

Conforme a lo citado por Albiña (2007) la obligación de indemnizar se funda en “la idea que toda persona que desarrolla una actividad, crea un riesgo de daño a los demás”, si el riesgo se materializa dañando a otro, resulta evidente que quien lo creó tenga que indemnizar a la persona dañada, independientemente si es o no culpable del accidente. En base a esta teórica, los autores distinguieron actos normales y anormales. Los actos anormales eran los únicos indemnizables.

Los accidentes del trabajo y los provocados por empresas del transporte influyeron mayormente en el nacimiento de la responsabilidad por riesgo creado. Hoy en día, la tendencia es regularlos en una disciplina autónoma cual sería el Derecho de la Seguridad Social o bien el Derecho de los Seguros. A las empresas no les cabe otra posibilidad que tomar los seguros obligatorios para proteger a sus trabajadores en caso de accidentes del trabajo y/o enfermedades profesionales, otro tanto ocurre con los seguros automotrices obligatorios, para los dueños de los vehículos motorizados. (Albiña, 2007)

#### **2.2.7.2. Enfoques de la Responsabilidad Civil**

Se destacan 3 posiciones en referencia a la Unificación de la Responsabilidad Civil siendo estas:

a) **Tesis dualista:** Esta tesis es arduamente defendida por un gran sector de la doctrina, pues admite las dimensiones de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, su existencia se deriva de lo establecido en el Código Civil Napoleónico, que fundado en la noción de culpa la responsabilidad civil se bifurca en culpa contractual y extracontractual.

Sainctelette (1884) explica las diferencias que existen entre ambas dimensiones, planteando que las relaciones jurídicas pueden ser reguladas por la ley o el contrato, entonces el deber legal no puede asimilarse al nivel convencional; debido a que el primero obedece al interés público y el segundo a un interés privado. Así mismo expresa su necesidad imperiosa de diferenciarlos partiendo de las denominaciones; es

asi que establece que la responsabilidad contractual debia ser denominada como “garantía” y la extracontractual “responsabilidad”.

En el Perú Payet sostiene que existen diferencias accidentales y sustanciales entre ambos regímenes. Entre las accidentales destacan: la naturaleza de la norma violada por cada uno y la función que estas instituciones cumplen. En la Responsabilidad Contractual se da una función de cooperación respecto a una expectativa que ha quedado frustrada y en la Responsabilidad Extracontractual se da una situación de solidaridad social ante el daño. (Peyrano,2010) Es así que la legislación peruana acoge esta tesis en su Código Civil, respecto a la responsabilidad civil contractual en los artículos 1314 y siguientes ; mientras que la responsabilidad extracontractual se encuentra plasmada desde el artículo 1969.

#### **b) Tesis monista**

Existe una corriente de la doctrina que plantea la posibilidad de unificar los sistemas normativos de la Responsabilidad Civil, siendo uno de los precursores Lefebvre, quien sostiene que sólo existe un solo tipo de culpa, la delictual, es decir que debería sintetizarse a un criterio único la Responsabilidad Civil basado en la culpa.

Grandmoulin sostiene que la ley y el contrato tienen una misma concepción filosófica y jurídica, ello fundado en que la Ley constituye la manifestación de voluntades de individuos agrupados en un Estado; mientras que el contrato es ley para las partes. Así mismo cuando ocurre un acto ilícito, la obligación sea esta contractual o extracontractual fenece de manera automática. (De Angel Yaguez, 2001)

Acdeel E. Salas es uno de los autores más inclinados hacia esta tesis, manifestando que la responsabilidad contractual y extracontractual tienen la misma naturaleza, sostiene que la concepción dualista de la responsabilidad se debe a criterios éticos e incluso religiosos que tienen la concepción de que es más grave el acto dañino no convencional que el incumplimiento de un contrato. (Goldenberg, 1988)

Estos autores basan sus argumentos en la protección a la víctima y la reparación de los daños; independientemente de la conducta que dió origen al daño.

**c) Tesis ecléctica**

Es una tesis intermedia entre las dos tesis que refieren el sistema de responsabilidad civil bipartito, esta teoría sostiene el carácter de identidad de estos sistemas.

Esta doctrina tiene dos orientaciones:

- Mazeaud (1962), que manifiestan que no existe diferencia fundamental entre los dos tipos de responsabilidad; solo existen algunas variaciones que resultan accesorias. Estas diferencias accesorias denominadas diferencias de régimen, sostienen que las responsabilidades se identifican en sus principios pero no en sus efectos.

En términos más sencillos, si bien no existen diferencias fundamentales entre los dos grupos de responsabilidad civil, existen diferencias accesorias que resultan ser importantes a nivel fáctico, siendo esa razón por la que se justificaría la división entre ambos tipos de regímenes.

- Amezaga, comparte la postura de los anteriores autores, basado en la idea de que las relaciones que deben establecerse entre los dos tipos de

responsabilidades deben ser regidas por la noción de unidad genérica y las diferencias específicas; refiere que la culpa es la unidad genérica de los dos tipos de responsabilidad, siendo la culpa la esencia de la responsabilidad como acto humano imputable.

En diversas legislaciones se regula los sistemas de responsabilidad bajo irreductibles diferencias entre uno y otro sistema, siendo un ejemplo claro la legislación peruana.

Morales (1991) llama “diferencias artificiosas” a las establecidas en el Código Civil de 1984; pues indica que estas diferencias son absolutamente casuales, puesto que no tienen su origen en una razón de fondo que sirva de sustento para la duplicidad legislativa, estas diferencias radican en:

- Indemnización
- Solidaridad
- Daño a la persona y daño moral
- Carga de la Prueba
- Prescripción
- Mora

¿Es conveniente o no un sistema de responsabilidad unificado? Darle respuesta a esta interrogante no es tarea sencilla, dado que la doctrina es muy cambiante respecto a su postura; y a eso hay que sumarle la reacción reacia de los legisladores frente a los cambios; la postura de la tesis bipartita de la Responsabilidad Civil posee argumentos

aún sólidos que descansan en criterios sociales, argumentando que la unificación de los sistemas de responsabilidad civil es una discusión académica, propia de la doctrina; más no de la práctica forense o la normativa comparada, arguyendo que los sujetos procesales comprenden más un doble sistema de responsabilidad.

Por el otro lado, autores que defienden el sistema único de la responsabilidad civil, indicando que se encuentra más de acorde con la realidad actual; Espinoza manifiesta que la distinción de los regímenes es desfasada, pues el origen del daño es irrelevante; siendo el núcleo central de la responsabilidad civil, la víctima y el resarcimiento por el daño ocasionado.

Las posturas y sistemas están planteados, está manos de las autoridades encargadas de legislar y en los operadores de justicia elegir un nuevo sistema o permanecer en el que ya nos encontramos, recordadno que la responsabilidad civil es uno de los esquemas más importantes del sistema jurídicos, pues permite alcanzar la justicia en casos en que se vulneren los derechos de las personas.

### **2.2.7.3. Tipos de Responsabilidad Civil**

**a) Contractual:** Al respecto Rodriguez (1943) afirma: “La responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto”. A nivel contractual, la premisa es que al celebrarse legalmente estamos frente a una suerte de ley para las partes, en tal sentido, la transgresión o violación del mismo genera consecuencias para accionar y reparar el daño ocasionado.

- b) **Extracontractual:** La aplicación de la responsabilidad extracontractual se orienta a remediar una situación producida al no existir obligación previa, legal ni contractual; en consecuencia, el daño producido se origina sin que exista ningún contrato previo entre quienes se vinculan como consecuencia del daño, del cual pudieran derivarse obligaciones que habrían sido incumplidas y de las cuales el causante sería responsable. “Todo aquel que causa un daño a otro sin estar autorizado para hacerlo, debe reparar el daño”. Alpa, C. Massino y Fernandez Cruz (2008) p. 6
- c) **Precontractual:** La responsabilidad precontractual según Rodríguez (1943) es una obligación civil que se distingue de la contractual y extracontractual, tanto por su origen como por su disciplina, para su existencia se requiere una trasgresión penal declarada por un Juez Penal, un daño y la relación de causalidad, presente entre la infracción y el daño.

#### 2.2.7.4. Elementos de la responsabilidad civil

Los elementos de la responsabilidad civil como lo indica Lizardo (2018): antijuricidad, daño, nexo causal y factores de atribución son comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual; ello debido a que pertenecen a un mismo sistema o a un mismo ordenamiento jurídico.

- a) **Antijuricidad:** Referido a aquellas conductas que contravienen las normas prohibitivas (típicas) y aquellas del sistema jurídico que no se encuentren reguladas por algún esquema legal (atípicas).

Cabe resaltar que cuándo se habla de la antijuricidad típica, no hace referencia a las conductas delictivas que están catalogadas como delito; recordando que existen

muchas conductas prohibidas de manera expresa o tácita por normas de derecho privado, que no tienen relación con los delitos; pero que de igual forma su esencia es antijurídica; un ejemplo claro es la figura de los esponsales regulada en el artículo 240 del Código Civil.

**b) Daño causado:** El daño resulta siendo el menoscabo contra los intereses de las personas en su relación social, es decir la lesión a los derechos subjetivos; es así que, si no existe daño entonces no hay algo que se deba indemnizar y por ende no existe responsabilidad civil. Esta característica es fundamental dado que se puede tener una conducta antijurídica, pero si no existe el daño no podremos hablar de una indemnización.

Es por esta característica que la responsabilidad civil también es denominada en la doctrina como el derecho de daños, el daño puede ser patrimonial y extrapatrimonial,

- Patrimonial: Son lesiones a derechos patrimoniales, que engloba el concepto de daño emergente (referida a la pérdida efectiva) y lucro cesante (consistente a la ganancia dejada de percibir).
- Extrapatrimonial: Que ampara el daño moral y daño a la persona

**c) Relación de causalidad o nexo causal:** Relación de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño causado, se encuentra regulada en nuestra legislación en los artículos 1985 y 1321 que hablan de la causa adecuada y la causa inmediata-directa respectivamente.

Asi mismo se debe mencionar el criterio de fractura causal que puede darse por: aso ortuuro, fuerza mayor, hecho de víctima y hecho de tercero.

#### **d) Factor de atribución**

Es la razón suficiente para atribuir a un sujeto la responsabilidad, la obligación de reparar un daño. Son los que determinan si existe o no la responsabilidad civil en un supuesto concreto de conflicto social, dentro del margen de los requisitos. También denominado como el fundamento del deber de indemnizar.

- En la responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa.
- En la responsabilidad extracontractual los factores de atribución son la culpa y el riesgo creado.

#### **2.2.7.5. Responsabilidad civil subjetiva y objetiva**

##### **a) Responsabilidad civil subjetiva**

- Dentro de la responsabilidad civil aquiliana, está referida al daño que ocasiona un sujeto producto de una negligencia o imprudencia, siendo lo importante la verificación de si ese daño se dió por una actuación deficiente o sin diligencia, en nuestro país se encuentra regulado en el artículo 1969 del Código Civil.
- Respecto a la responsabilidad civil contractual, será subjetiva cuando el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor, sea este incumplimiento por dolo o por culpa (negligencia), advertimos que se encuentra regulado en el artículo 1314 del Código Civil, de donde se

desprende que para la liberar de responsabilidad al deudor bastará acreditar que actuó con diligencia n la ejecución de la obligación.

**b) Responsabilidad civil Objetiva**

- Tiene su sustento en la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, cuando está referida al ejercicio de actividades peligrosas o riesgosas, que se encuentra recogida en el artículo 1970 del Código Civil, para poder desprenderse de la responsabilidad el sujeto deberá acreditarla peligrosidad de la actividad realizada.
- Si hablamos de la responsabilidad civil contractual, será obeitiva cuando se refiere al vinculo del cumplimiento de la obligación con la responsabilidad del deudor, vale decir que se eximirá de responsabilidad al deduror cuando concurren hechos de fuerza mayor que impida objetivamente el cumplimiento de las obligaciones.

**2.2.7.6. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica**

La naturaleza jurídica de la responsabilidad ciil médica engloba el conjunto de derechos y obligaciones que surgen cunado un profesional del sistema sanitario incurre en accione su omisiones que causan daño al paciente receptor de la atención médica.

El Código Civil peruano como bien se ha mencionado con anterioridad, adopta una noción dualista de la responsabilidad civil en general, siendo el criterio diferenciador la relación obligacional y no el contrato.

El Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 0001-2005-PI/TC también ha emitido pronunciamiento al respecto, alegando que “la responsabilidad civil está referida al aspecto

fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual”

Respecto a los que favorecen la tesis contractual, tenemos autores se inclinan por esta tesis, tal como lo manifiesta: Lopez (20087) “Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno. Normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle; ésta es una situación excepcional. Lo corriente es que entre médico y paciente se celebre, formal o informalmente y muchas veces en forma verbal, un contrato de asistencia médica” (p.14).

Esta teoría de la responsabilidad contractual es adoptada por la mayoría de los doctrinarios en la actualidad, pero en contraste existen pocos defensores de la responsabilidad civil extracontractual como el argentino Guillermo Borda, que manifiesta que la responsabilidad profesional surge de obligaciones que impone el ejercicio de la medicina exista o no un vínculo

contractual; esta teoría también ampara la naturaleza intelectual del trabajo de los médicos, así mismo sostiene que los contratos médicos serían nulos por ser sobre derechos de la personalidad, y por último también se sostiene que la actuación de los médicos es semejante a la de los sacerdotes, es decir debería estar revestido de un carácter altruista, separado y alejado de intereses económicos. (García, 2015, p.22).

El debate en la doctrina respecto a la responsabilidad civil médica ha sido extenso y bastante controvertido, pero para la presente investigación se obtiene como regla general que la responsabilidad originada por la prestación de un servicio de salud que ocasione daño en el paciente, es contractual; pero de manera excepcional será extracontractual como en servicios prestados en casos de emergencia donde el paciente no haya prestado su consentimiento para ello, así como los servicios son requeridos por una tercera persona diferente al paciente; así mismo la atención médica prestada a un incapaz que no haya podido comunicarse con su representante legal; o el caso más común cuando la indemnización sea solicitada por los familiares, dado que el sujeto que recibió la atención falleció como consecuencia de la mala praxis médica.

Se podrá advertir que la elección del sistema de responsabilidad es de gran importancia, y no sólo para la doctrina, sino para la práctica, dado que de acuerdo al sistema de responsabilidad por el que se incline, variarían aspectos como la magnitud del resarcimientos, el plazo de caducidad e incluso la carga de la prueba.

#### **2.2.7.7. Conceptos preliminares**

- a) El acto médico:** El acto médico engloba muchos aspectos tanto científicos, éticos o deontológicos, sociales y hasta jurídicos. Es así que el acto médico constituye

el conjunto de atenciones que recibe en un centro de salud un determinado paciente; en esta interacción del profesional de salud y paciente, se tiene por objetivo conservar y/o mejorar la salud de una persona frente a determinadas enfermedades. (Salazar-Vargas, 2021) La actividad médica debido a su objetivo antes mencionado es una de las funciones más importantes en el mundo y es por ello su relevancia social. (CONAMED, 2017) Es así que un acto médico es resultado del conocimiento científico de un profesional de salud, es por ello que su actuación es en pleno ejercicio de su profesión, su objetivo es buscar la integridad tanto física como psicológica de un paciente; estos actos deben estar revestidos de caracteres como profesionalismo, licitud y continuidad. Los actos médicos se presentan de la siguiente forma: a) actos médicos corpóreos, divididos en actos directos: prevención o profilaxis, diagnóstico, prescripción, tratamiento, rehabilitación; y, actos indirectos: trasplantes de órganos, transfusiones sanguíneas, necropsias e investigación o experimentación, tanto en seres vivos como en cadáveres; y, b) actos médicos extracorpóreos: como son los casos de investigación o experimentación médica. (Porfirio de Sá Lima, 2022)

**b) Deberes de los profesionales médicos:** Los actos médicos se ven reflejados en varias etapas como por ejemplo el diagnóstico, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, etc. Si bien estos profesionales no tienen la obligación de curar a los enfermos, no pueden causar lesiones a los pacientes, ni mucho menos causar la muerte; y para ello es que el personal médico debe seguir determinados procedimientos que cumplan con estándares que garanticen una óptima atención médica. Al respecto Varsi (2004) manifiesta respecto a las obligaciones del personal médico lo siguiente: “El contrato de asistencia médica puede contener dos tipos de obligaciones a cargo del

médico: una obligación de medios o una obligación de resultado, dependiendo del fin perseguido”(Carhuatocto, 2010). Las obligaciones del personal médico requieren que se realicen de manera oportuna, informando de los riesgos que puede implicar un diagnóstico y determinado tratamiento; para que los familiares y/o el paciente puedan tomar una decisión también deben ser informados de la experiencia y capacitación del profesional médico.(Fernández, 2016) La responsabilidad médica surgirá en el momento en que el profesional médico actué con deficiencia o se niegue a prestar la atención debida. En tal sentido, hay obligaciones principales de los profesionales - médicos-, así lo señala Varsi (2004) y precisa que son: la atención médica debida, lealtad y cortesía, mantener la forma dual de médico-paciente, abstenerse de asegurar un resultado, informar, dar seguridad, proporcionar copia de historia médica.

c) **Mala praxis médica:** El término praxis es de origen griego que alude a práctica, siendo entonces el significado de Mala Praxis en el sentido general; la actuación de un profesional que ejerciendo las actividades propias de su profesión u oficio lo realiza con negligencia, impericia, imprudencia. (Fernández, 2016) En sentido estricto, la mala praxis médica´ tiene diferentes acepciones como, por ejemplo, las siguientes: i) El ejercicio inadecuado de la profesión médica; ii) El daño corporal producto del acto médico; iii) La violación de las normas del adecuado ejercicio profesional; iv) La omisión, por parte del médico, de una prestación apropiada de los servicios a que está obligado. (Romero, 2014)

Está actividad médica no está exenta de acciones legales, pues una atención médica defectuosa traerá como consecuencia daños tal vez irreversibles. La pretensión de una mala praxis médica debe ser instada por el paciente o por la persona legitimada;

siempre y cuando el daño ya se haya producido, dado que está pretensión no tiene carácter preventivo. (Córdova, 2020) La mala praxis derivará en la responsabilidad civil médica, la cual puede tener como resultado una indemnización de acuerdo al daño causado. El Comité de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú define a la mala praxis como: Aquella práctica no diligente realizada por un médico y que genera niveles de daño en una persona y depende de variables como, la acción u omisión asociadas a negligencia, y las fallas en el sistema de atención (donde se produce el hecho).

**d) Error médico:** Cuando nos referimos al error médico, se considera a éste como una equivocación, pero sin mala fe, y puede referirse a: Error en el diagnóstico, error terapéutico, al procedimiento, falla en equipos y tecnología, infecciones posteriores a cirugía o mala interpretación médica. Ejemplos de errores médicos pueden ser, diagnósticos equivocados y subsecuentes terapias, falla en equipos y tecnología, infección después de una cirugía o mala interpretación de órdenes médicas por parte del personal auxiliar. (Fernández, 2016) El error médico constituye un acontecimiento adverso, el cual pudo haberse evitado siguiendo y aplicando los conocimientos científicos en medicina.

**e) Negligencia médica:** En el campo de la medicina la negligencia médica comprende la falla del médico a la conformidad de las normas de la atención para el tratamiento de la condición del paciente, o falta de conocimiento, o negligencia al proporcionar la atención del paciente, que es la causa directa de un accidente al paciente. En palabras simples, la negligencia médica es el incumplimiento de los principios de la profesión. Lo que se debe hacer no se hace o, sabiendo que no se debe

aún lo hace. (Vera, 2013) De ambos conceptos podemos extraer que estaremos frente a una negligencia médica cuando el profesional de la salud incumple con las normas de su profesión, mediante una acción indebida o una omisión respecto de algún deber.(Varsi, 2004)

Al respecto, se debe precisar que, según Romero (2014), “la negligencia médica es un elemento que puede incidir para imputar responsabilidad médica” (p. 117); y esta principalmente asociada al descuido u omisión. Desde la perspectiva de la Corte Suprema, la negligencia médica está asociada con la inobservancia de las reglas de la profesión.

La inobservancia de la regla de una profesión constituye una agravante del tipo penal que se fundamenta en la función social que desarrolla el agente, la vulneración de los deberes impuestos por desarrollar una profesión, industria ocupación. Al desempeñarse en actividades que exigen al agente la máxima diligencia en observar las reglas técnicas que le son propias para el desarrollo de su actividad, su inobservancia hace más reprochable la acción de sujeto activo. Fundamento 12 (Sentencia de Casación, 2021)

De donde se desprende que la profesión médica exige sumo cuidado en el desarrollo de la misma; lo que guarda relación con el Reglamento de la Ley de Trabajo Médico, previsto por el Decreto Supremo N° 024-2001-SA, donde se regula el trabajo del profesional médico-cirujano. El desarrollo de sus actividades comprende aquellos actos orientados al diagnóstico, la terapéutica y el pronóstico en atender a un paciente. Que es concordante con lo previsto en el Código de ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

Artículo 12. El acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico, así como lo que se deriven directamente de estos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico.

f) **Impericia médica:** Se puede definir la impericia como la falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad. Ineptitud para el desempeño profesional. Ej. Cirujano que hace una cirugía compleja que no es de su especialidad. Por otro lado, para (Fuente del Campo, 2018) la impericia, es la carencia de las habilidades o conocimientos básicos, indispensables para ejercer determinada arte o profesión. En palabras nuestras la impericia se entiende como aquella situación en la cual el profesional de la salud no goza de las habilidades básicas para desarrollar su profesión de manera adecuada, por tanto, podría ocasionar algún tipo de perjuicio en el individuo sobre el que interviene.

g) **El consentimiento informado y su importancia en la actividad médica:** Cuando un profesional de la salud interactúa con el paciente, asume responsabilidades respecto de los resultados que tenga su intervención, para iniciar esta intervención se ha visto por conveniente que el paciente sea informado acerca de la intervención médica a la cual va a ser sometido, así como de posibles complicaciones que puedan surgir en dicha intervención, después de haber sido puesto en conocimiento de ésta información y estar de acuerdo con ella, el paciente debe.

Al referirnos al consentimiento informado, estamos frente a un permiso otorgado por pacientes, a fin de que el Médico pueda realizar algún procedimiento determinado. Desde una perspectiva profesional, se está frente a un proceso de carácter progresivo,

gradual, de información y confianza; con ello, el Médico da potestad al paciente para que pueda decidir luego de recibir toda la información del caso y sobre las decisiones, los diagnósticos y la terapia. Con el consentimiento informado, se mantiene una la relación Médico y paciente amparada en la autonomía del paciente que se encuentra asociada a su libertad u derechos. El consentimiento informado es un proceso donde el médico otorga, en un diálogo, información y explicación (porque no son lo mismo) en lenguaje simple, comprensible, acerca del procedimiento que se quiere realizar. Esta información debe dar a conocer sus matices, los beneficios esperados, los riesgos y secuelas eminentes del procedimiento, y deben presentarse otras alternativas válidas y coherentes. (Salazar-Vargas, 2021)

**h) La prueba pericial médica especializada (necropsia, exhumación de cadáveres de los pacientes por negligencia del médico tratante):** Debe ser investigado por peritos especializados para determinar la causa de las muertes y su consecuente responsabilidad civil para reparar el daño causado. Al respecto, corresponde preciar, que tanto la necropsia, así como la exhumación de cadáver de un paciente que falleció por negligencia médica, se realiza siguiendo un procedimiento y por profesionales de especialidad. Para el caso de la necropsia, se ha previsto un procedimiento médico legal en el Manual de Procedimientos Tanatológicos Forenses y Servicios Complementarios, según el cual: La necropsia científico forense, es un procedimiento médico, técnico y científico de diagnóstico, que permite establecer la causa de la muerte, el tiempo aproximado de fallecimiento, el modo y mecanismos de muerte, agente causante del deceso y la identificación del occiso, aportando evidencias que contribuyan a la adecuada administración de justicia. (Fernández, 2016)

El marco legal sobre el que se sustenta la práctica médica de la necropsia, viene a ser: Ley de Creación del Instituto de Medicina Legal (Ley N° 24128); Código Procesal Penal; Ley General del Salud (Ley N° 26842); Reglamento del Servicio de Necropsias (Decreto Supremo N° 003-69-PM) y, el Código Civil de 1984.

Para el caso de la exhumación, se tiene que recurrir a la municipalidad donde el resto humano se ha sepultado, ello se realiza siguiendo los regulado por el Decreto Supremo N° 031-2021-SA que modificó el Reglamento de la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios:

Artículo 52.- La inhumación, **exhumación**, traslado interno, reducción, cremación de cadáveres y restos humanos, sólo puede ser realizada por personal del cementerio. Asimismo, los actos mencionados sólo pueden realizarse con autorización de los ascendientes, descendientes o cónyuge, salvo mandato judicial o de la Autoridad de Salud, o en los casos que lo señale la Ley o el presente Reglamento. Excepcionalmente, los parientes consanguíneos hasta el tercer grado de consanguinidad pueden autorizarlo previa acreditación de las circunstancias que impide hacerlo a los primeros días. (...)

De manera que, al ser procedimiento que requieren de la intensión de una de las partes, los resultados constituyen prueba de parte, las que serán aportadas en el proceso por la parte demandante, al ser quien tiene la carga de la prueba.

Es de precisar que, el tema materia de investigación, al centrar en la carga dinámica de la prueba, postula que debe ofrecer las pruebas sobre el caso, la parte que se encuentre en mejor posibilidad para ofrecerla o que tenga la prueba bajo su dominio; siendo así,

en el caso de la necropsia o de la exhumación de cadáver, estaremos frente a una prueba de parte; que no necesariamente permite la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

**g) La carencia de medicamentos y el material logístico de los instrumentos quirúrgicos a utilizarse en su oportunidad es causa del Estado:** El Estado, de acuerdo al Decreto Supremo 024-2001-SA, es quien garantiza las condiciones necesarias para su cumplimiento de la labor profesional del médico. (Decreto Supremo N° 024-2001-SA, 2001); de manera que, si el Estado no garantiza con proveer los medicamentos, el material logístico y los instrumentos quirúrgicos a ser utilizados, es responsable por ello. Desde la perspectiva de la carga dinámica de la prueba, corresponderá al Estado probar que, en el caso de una negligencia médica, este si garantizó las condiciones necesarias para que el profesional médico cumpla con su labor profesional.

**h) La responsabilidad de la reparación civil debe ser compartido entre el médico tratante o centro hospitalario y el estado, va a depender de las pruebas.**

Artículo 6.- El médico-cirujano asume responsabilidad legal por los efectos del acto médico, y el Estado garantiza las condiciones necesarias para su cumplimiento, de acuerdo a lo señalado en los Artículos 4 y 5 de la Ley. No podrá ser obligado a ejercer el acto médico, si las condiciones de infraestructura, equipo o insumos no garantizan una práctica médica ética e idónea, con arreglo al Código de Ética del Colegio Médico del Perú. (Decreto Supremo N° 024-2001-SA, 2001)

Habría que precisar, que del contenido del artículo 6 del Decreto en mención, se advierte una precisión que delimita el actual del Médico y del Estado; puesto que la negligencia médica corresponde al actuar propio del Médico en el ejercicio de su profesión; y del Estado, al ser quien debe garantizar las condiciones necesarias: Esta precisión, incide al momento de determinar la responsabilidad civil, puesto que, de no haber cumplido -el Estado- con garantizar las condiciones (proporcionar medicamentos, proporcionar el material logístico y los instrumentos quirúrgicos a ser utilizados), la responsabilidad se extiende a éste. Caso contrario, la responsabilidad podría ser solidaria pero no compartida.

Ahora bien, en relación a la responsabilidad del Estado, esta puede ser advertida como responsabilidad solidaria del Estado, esto, debido a la relación laboral que existe entre el Médico y el Estado, quien finalmente es quien brinda el servicio de salud pública.

Es decir, se trata de una responsabilidad solidaria del Estado frente a los daños y perjuicios que su trabajador pudiera causar en el ejercicio de su profesión en un establecimiento de salud. Como referente de la responsabilidad solidaria del Estado, recurrimos a la jurisprudencia comparada -Argentina- para precisar el caso Tarnopolsky con el Estado argentino y otros; donde se determinó la responsabilidad de los cirujanos, anestesiólogos y el Estado por errores del anestesiólogo y desatención por parte del equipo médico.

A manera de resumen, podemos mencionar que la responsabilidad del Estado, se daría de manera solidaria, en tanto se pueda establecer que el mismo no haya garantizado las condiciones necesarias; ello es así, en tanto nos remitimos al contenido del artículo 6 de Decreto Supremo N° 024-2001-SA.

**i) Médicos legistas-peritos (información general sobre ellos):**

Al respecto, se alcanza la siguiente información: La profesión médica cuenta con diferentes especialidades, siendo una de ellas la Medicina Legal, donde el Médico cumple una labor de auxiliar de quienes imparten justicia. En tal sentido, el escenario donde se desempeña un Médico Legista es el de la Medicina Legal, la cual constituye en la actualidad, la especialidad médica que tiene por objeto la utilización de los conocimientos médicos, jurídicos, administrativos, éticos y ciencias afines, a la aplicación, desarrollo y perfeccionamiento del Derecho, de la asistencia sanitaria y de la actividad profesional médica. (Comisión Nacional española, 2017)

Según el Ministerio Público, se puede denominar como Medicina Judicial, Medicina Forense o Jurisprudencia Médica. (Ponce, 2011), quien precisa además que, tiene como objeto, la búsqueda de la verdad, único medio para llegar a la justicia.

Dentro de la medicina legal, se advierten dos matices, uno teórico y uno práctico. Medicina legal doctrinal o medicina legal, que se correspondería con el sustrato teórico de esta ciencia. Medicina legal práctica o medicina forense o medicina legal aplicativa, que sería aquella parte de la medicina legal que se enfoca a la resolución de los problemas médico legales en un momento histórico determinado. (Cardenas, 2016) De los textos citados, se advierte que el la Medicina encuentra vinculación directa con el Derecho, específicamente a nivel probatorio y con ello en la administración de Justicia. En esta línea de pensamiento se ha precisado que la “La Medicina Legal nació con las exigencias de la Justicia (...). De todos los profesionales los médicos han sido los más

solicitados por los Tribunales, dando lugar con ello al nacimiento de una rama del conocimiento humano conocido como Medicina Legal” (Cardenas, 2016)

Como se puede advertir, es destacada la labor que realiza el profesional Médico en el ámbito de la justicia, que al estar vinculado con el Derecho es llamado Médico Legista, y como tal requiere de cierta experticia que hace que estemos frente a un perito.

El médico legista, podrá intervenir en situaciones como

- Evaluar a la víctima como prueba de delito o evaluarla como víctima -como tal-
- Realizar una necropsia
- Expedir Certificado de defunción

Y según corresponda, podrá emitir partes (Documento de comunicación breve), Certificación (Da constancia de algún hecho), declaración (Exposición verbal bajo juramento en calidad de perito); informe (Ante una petición por orden de autoridad o de particulares); Certificado médico (Documento mediante el cual se deja constancia de un hecho cierto o negativo, comprobado en la práctica profesional sobre la salud de una persona); Certificado de defunción (Certificado Médico donde se deja constancia del deceso de una persona, constituye la base del registro de las causas de defunción y de las estadísticas de mortalidad, permitiendo identificar problemas de salud y programar recursos sanitarios); Dictamen Médico Legal (Resumen que se expide al Tribunal que contiene toda la información obtenida en el protocolo de autopsia) (Ponce, 2011)

Cada una de las actividades que realiza el Médico Legista, se encuadra en el Manual de Procedimiento Teratológico Forenses y Servicios Complementarios del Instituto de Medicina Legal - Ministerio Público.

- j) Los protocolos médicos:** Los profesionales en salud deben guiarse de los protocolos médicos que constituyen un instrumento donde se plasman los lineamientos actualizados que un grupo de expertos cualificados que se establecen para orientar la labor diaria de los profesionales en medicina, colaborando así con los médicos en la toma de decisiones representando un documento de respaldo profesional de la salud. (Rodríguez, 2021)

Los protocolos médicos son conjuntos de pautas o procedimientos establecidos que se utilizan en el campo de la medicina para el diagnóstico, tratamiento y manejo de diversas enfermedades, lesiones o situaciones médicas. Estos protocolos suelen ser desarrollados por organizaciones de salud, expertos médicos y autoridades gubernamentales para asegurar la prestación de atención médica segura y efectiva. Los protocolos médicos pueden abarcar una amplia gama de temas, desde la higiene de manos y el control de infecciones hasta el manejo de enfermedades específicas o procedimientos quirúrgicos.

Estos protocolos contribuyen a la prestación médica adecuada en los establecimientos de salud, con el uso adecuado de recursos disponibles y de acorde a las condiciones de los pacientes; evitando las malas prácticas médicas. En muchas ocasiones los profesionales médicos no conocen los protocolos que se debe seguir para determinados tratamientos ya sea por omisión o por qué la sociedad científica no ha conseguido averiguar pautas de tratamiento para la curación de determinada enfermedad.

Con los avances tecnológicos y la ciencia, han surgido aparatos cada vez más modernos y se han ampliado muchos tratamientos para patologías que antes se creían incurables; transformando así la actividad médica. Radicando la importancia de los protocolos médicos en la determinación de la responsabilidad civil de los médicos, dado que la inobservancia de estos protocolos puede generar daños a los pacientes, además de advertir un comportamiento negligente en el personal de salud.

### **2.2.7.8. Responsabilidad Civil Médica y la Obligaciones**

La responsabilidad civil médica se encuentra asociada a una obligación de resultado, según Carhuatocto (2010) Todo ello hace que cobre relieve la distinción entre obligaciones de medios y resultados tan defendida por un sector de la doctrina; “En la obligación de resultado el deudor asume el compromiso de conseguir un objetivo entre la cosa vendida, pago del precio en la locación, restituir la cosa a su dueño en el depósito, constituir el edificio, etc.”. En tal sentido, la prestación debida consiste en la realización de una actividad que normalmente conduce al objetivo apetecido por el acreedor, si bien tal resultado es extrínseco a la obligación y no integra su objeto, se menciona como ejemplos los casos médicos, el abogado, el del administrador, etc. (...).

### **2.2.7.9. Responsabilidad Civil Médica en el Perú**

**Tabla 3**

Responsabilidad civil en el Perú

Código Civil de 1852	Código Civil de 1936	Código Civil de 1984

<p>Artículo 2191. Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo.</p> <p>Artículo 2200. Si el daño causado consistiese en la muerte de una persona, el responsable debe costear el funeral, y pagar una cantidad en compensación de los alimentos de las personas que hubiesen quedado en la orfandad.</p> <p>Artículo 2201. En caso de heridas se debe la curación, además de indemnizar por los daños causados.</p> <p>Artículo 2207. El término para intentar estas acciones es de tres años</p>	<p>Artículo 1320. Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquél que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas.</p> <p>Artículo 1321.- La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula.</p> <p>Artículo 1136. Cualquiera que, por sus hechos, descuido o imprudencia, causase un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.</p> <p>Artículo 1144. Todo el que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño que éste irroque.</p> <p>Artículo 1148. Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima</p>	<p>Artículo 1762. Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.</p> <p>Artículo 1969. Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria</p>
--	---	---

El Código Civil de 1984, con la presunción de culpa consagrada en el artículo 1969 “compartía la actitud objetivista de la jurisprudencia peruana, al exigir que el demandado, presunto agente, pruebe la ausencia de culpa, esto es su comportamiento diligente”. (Carhuatocto, 2010) Por su parte, Papayannis (2021) ha sostenido que: El derecho procesal para probar la mala praxis médica debe necesariamente incluir reglas que incluyan una carga dinámica de la prueba o error aparente, en la medida en que las especificidades del procedimiento médico determinen la existencia de una prueba compleja. (...) Resolver el problema de fondo es unificar la carga de la prueba en ambos tipos de responsabilidad, ya que no parece justo que, en los casos de mala praxis, la carga de a prueba recaiga en la víctima si el asunto será fallado a la luz de las reglas de la responsabilidad contractual. Una primera solución es recurrir a la teoría de las cargas dinámicas, como lo vienen haciendo algunos jueces, que podría convertirse en norma legal. Otra solución -radical y definitiva- es establecer legislativamente que, en ambas modalidades de responsabilidad, la culpa se presume y que, por lo tanto, el descargo por ausencia de dolo o culpa corresponde a su autor. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado. (Carrera-Pérez y Montoya-Chacón, 2021) Si bien un seguro médico resultaría importante, correspondería un análisis mayor, atendiendo a las circunstancias especiales de la responsabilidad del Estado, y la sociedad antes precisada.

Adicionalmente, corresponde hacer mención al proyecto de ley presentado por el ex congresista Natale Juan Camilo Amprimo Pla quien atendiendo a la mala praxis médica presento un proyecto de Ley que incluía un seguro médico obligatorio por responsabilidad civil médica. Respecto del cual el, la Asociación Médica Peruana, se ha pronunciado, señalando entre otros aspectos:

El seguro médico, requiere mayor análisis, en tanto, de conformidad al artículo IV del título preliminar de la Ley General de Salud Ley N° 26842, se prescribe “La salud pública es responsabilidad primaria del Estado.

La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado”. Si bien un seguro médico resultaría importante, correspondería un análisis mayor, atendiendo a las circunstancias especiales de la responsabilidad del Estado, y la sociedad antes precisada.

Por otro lado, corresponde diferenciar entre el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT, que descansa en el conductor realizar o adquirir el seguro; lo que dista de aquella posibilidad en que el Médico debiera adquirir el seguro.

#### **2.2.7.10. Vías para conocer pretensiones relacionadas a la Responsabilidad Civil Médica**

- A. Proceso penal:** En este caso la institución encargada es el Ministerio Público, que tiene la titularidad de la acción penal tal y como se señala en la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N°052); y por ende el deber de la carga probatoria. Mediante la vía penal se busca obtener justicia, es decir castigar al autor de la conducta dañosa; ya que el objeto del derecho penal no es la víctima, entonces no se logrará una reparación económica como en el caso de la vía civil; debido a que la figura de la reparación civil en la vía penal no suele ser proporcional al daño causado. Siendo la vía idónea para obtener un resarcimiento económico el proceso civil, donde se emplearán

como medios de prueba las pericias, declaraciones, informes y demás actuaciones que se realizaron en el proceso penal.

**B. Proceso Civil:** Para que una persona o familiar logre una indemnización por una mala praxis médica deberá iniciar un proceso vía civil, y dependiendo de la cuantía de su pretensión indemnizatoria se llevará a cabo en un proceso abreviado, sumarísimo o de conocimiento. La importancia de este proceso radica en la etapa probatoria, dado que de acuerdo a nuestra legislación se aplica la teoría de la carga estática de la prueba; es decir que quien alega un hecho debe probarlo; frente a ello es que surge la teoría de la teoría de la carga dinámica de la prueba o teoría de la facilidad probatoria.

**C. Procedimiento ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI):** En calidad de consumidor, el afectado puede iniciar un procedimiento administrativo ante INDECOPI, pero por esta vía no se obtendrá una indemnización debido a que INDECOPI no es competente para determinarla. El Derecho Administrativo, en este caso, tiene un objeto preventivo, sin descartar el correctivo, buscando neutralizar la repetición de los actos denunciados. (Gaceta Jurídica, 2015) Una vez realizada la denuncia, INDECOPI procederá con la calificación de la misma; verificando que cumpla con los requisitos establecidos, posteriormente se puede optar por una audiencia de conciliación entre las partes. Después de realizar la calificación y examen de las pruebas aportadas, INDECOPI emite una Resolución final, donde puede imponer una sanción administrativa de hallar responsabilidad; en este sentido se tiene la Resolución 1934-2009/SC2-INDECOPI, que sienta el criterio de aplicar la carga de la prueba dinámica en caso de mala praxis, e impone una multa de 60 UITs (Unidad Impositiva Tributaria).

- D. Denuncia ante el Colegio Médico del Perú:** El Colegio Médico del Perú, no es ajeno a la atención de denuncias por negligencias médicas, tienen una comisión de alto nivel que evalúa las denuncias; y aunque sus decisiones no dispongan indemnizaciones para la parte perjudicada, dentro de las posibles sanciones que pueden dictar: Amonestación, multa, suspensión hasta el máximo de dos años. Los informes o resoluciones emitidas en estas instancias pueden servir como medio de prueba para el paciente y/o familiares frente a un proceso judicial.
- E. Defensoría del Asegurado en el Seguro Social de Salud (ESSALUD):** ESSALUD, conoce mediante quejas y/o reclamos la inadecuada práctica médica, siendo la Defensoría del Asegurado la encargada, si bien no persigue una indemnización ni sanción, busca la corrección de las deficiencias presentadas durante la atención médica. Resulta importante señalar que los resultados de la investigación realizada podrían ser considerado como medio de prueba en cualquier proceso judicial; para tal fin puede presentarse a pedido de parte o por orden del Juez que conoce el caso.
- F. Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD):** En el caso de la Súper Intendencia de Salud, se tiene que sus funciones se orientan a proteger los derechos en salud de todos los peruanos, supervisando que el acceso a los servicios de salud sea otorgado con la calidad, oportunidad, disponibilidad que amerite el caso. Para tal fin, esta entidad cuenta con la Súper Intendencia de Supervisión de IPRESS (Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud) y la Súper Intendencia de Supervisión de las IAFAS (Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud), mediante las cuales se encarga de supervisar los aspectos de gestión sanitaria y los aspectos contables - financieros. Es así que se debe señalar que SUSALUD, conforme con el Decreto Legislativo 1158, el

respectivo Reglamento de Infracciones y Sanciones, así como el Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del INDECOPI a SUSALUD, empieza a conocer las presuntas infracciones a los derechos de los usuarios ocurridas a partir del 13 de agosto de 2015 en su relación de consumo con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPREES) y/o las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) velando por el cumplimiento del Código respecto de los actos médicos, seguros de salud y SOAT (Porfirio de Sá Lima, 2022)

**G. Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica y las pruebas relevantes e idóneas:** En materia de responsabilidad civil, la prueba es fundamental porque sin ella no se podrá probar el daño sufrido por la parte demandante, de manera que la importancia de la prueba radica en la presencia de los presupuestos de la responsabilidad y de manera específica en los presupuestos de responsabilidad profesional del Médico, en este sentido se pronuncia, Córdova (2020) quien refiere: La importancia de la prueba radica en la presencia de los presupuestos de responsabilidad, en general, y de los presupuestos de la responsabilidad profesional, en particular, es de importancia decisiva probar o perecer

#### **2.2.7.11. Pactos anticipados de exclusión o exoneración de responsabilidad**

Una de las practicas realizadas por profesionales de la salud, asociadas al tema de la responsabilidad profesionales vienen a ser los “Pactos anticipados de exclusión o exoneración de responsabilidad”, que en nuestro ordenamiento civil no encuentra amparo jurídico, ya que un pacto que excluya o límite de manera anticipada la responsabilidad por dolo o culpa inexcusables deviene en nulo, esto es aplicable para el ámbito contractual o extracontractual, conforme lo prescrito en los artículos 1328 y 1986 del Código Civil:

Artículo 1328. Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Artículo 1986. Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

En el escenario médico, tampoco cabe la posibilidad de excluir los daños ocasionados por dolo o culpa inexcusable, ya que la lesión a la integridad física o psíquica atenta contra normas de orden público.

#### **2.2.7.12. Carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica según jurisprudencia peruana.**

En los casos de responsabilidad civil médica, inicialmente las reglas de la carga de la prueba se han ido aplicando de manera inflexible, así por ejemplo se puede apreciar en la sentencia del expediente 1701-1998 donde se desestima la demanda señalando: “Los medios probatorios actuados no han acreditado la existencia de dolo o culpa inexcusable en el accionar de los demandados” (Corte Superior de Justicia de Lima, 1998)

En la Casación N° 2729-2007 Lima, demanda de responsabilidad civil por mala praxis médica, referida a una operación quirúrgica de histerectomía laparoscópica origino otras cinco operaciones quirúrgicas, la demanda fue declarada infundada señalándose; “es un hecho incontrovertible que la operación practicada a la demandante resultaba de riesgo e implica la solución de un asunto profesional de especial dificultad, por tanto no habiendo la parte

perjudicada acreditado el dolo o la culpa inexcusable” casaron la sentencia de vista. Por su parte en Casación N° 1258-2013 Lima Norte, se precisa: Es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requería.(Sala Civil Permanente - Corte suprema de Justicia de la República, 2013) Lo hasta aquí descrito nos muestra una postura inicial por parte del Órgano Jurisdiccional, la misma que ha ido cambiando y acogiendo una distribución de la carga de la prueba que se sustenta en la carga dinámica de la prueba. Así, en la casación 1385-2004 (Tribunal Constitucional, 2004a) se ha señalado:

El colegiado ha desestimado pues las máximas de la experiencia no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere, como en el expediente 4871-98 del 21 de junio de 1999, que la simulación absoluta se configura cuando se aparenta celebrar un acto jurídico y “no existe realmente voluntad de hacerlo, lo que la de vista no desarrolla ni analiza, dejándolo al mero criterio de la probanza de enlace y máxima; y para el segundo cargo aduce que el Colegiado obvia la jurisprudencia aportada, donde en los casos de simulación debe de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217- 98 (...)”(Tribunal Constitucional, 2004a)

Adviértase que el Poder Judicial toma en consideración la carga probatoria dinámica, que luego también será considerada por el Tribunal Constitucional, como se advierte del contenido de la sentencia en el expediente 1176-2004-AA/TC, caso en el que el demandante solicita que se deje sin efecto el contrato de afiliación que suscribió con la AFP Unión Vida, a fin de suscribirse al Sistema Privado de Pensiones (traspaso del sistema privado de pensiones al sistema nacional de pensiones): (...) c. la utilización de la prueba dinámica. Se ha señalado

prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos, según lo presenta el artículo 196 del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparte de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probando sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. (...). (Tribunal Constitucional, 2004b)

Teniendo en consideración al paciente como consumidor, se tiene la Resolución N° 1343-2010/SC2-INDECOPI del expediente N° 2595-2006/CPC, que en su fundamento 37 indica: Atendiendo a lo señalado en los puntos precedentes, este Colegiado considera que en el caso objeto de controversia, debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pues resulta claro que la acreditación del defecto constituye una carga de imposible cumplimiento para el denunciante. (Expediente 2595-2006/CPC, 2006) Por el contrario, el único sujeto de la relación de consumo que se encontraba en la posibilidad de incorporar al expediente material probatorio que permita establecer de manera certera la realización o no de un adecuado procedimiento quirúrgico que incluya las medidas necesarias de asepsia y antisepsia era la Clínica Oftálmica, pues era la que estaba a cargo de la atención del paciente y tenía acceso a la información de su intervención. En consecuencia, es el establecimiento de salud quien debe acreditar que los servicios médicos fueron brindados de manera idónea.

Como se puede advertir del texto citado, el Colegiado de Indecopi -Sala de Protección al Consumidor- se valió de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al momento de resolver el caso, esto es que se aplica cuando la parte denunciada es la única que se encuentra en

posibilidad de probar los hechos denunciados o que resulta costoso que el denunciante las pueda producir.

#### **2.2.7.13. Las pruebas relevantes e idóneas.**

Algunos elementos que según Perales et al. (2017) deben ser considerados para fundamentar una demanda judicial por mala praxis médica, son:

1. Un deber de atención ha sido comprometido
2. Una obligación profesional fue incumplida sin respetar el estándar de atención aceptado
3. El incumplimiento del deber profesional causa una lesión o daño
4. El daño causado puede ser económico o emocional

Entorno a los medios probatorios en los procesos de responsabilidad contractual por responsabilidad civil médica, se ha de tener en cuenta que nos encontramos en dos supuestos, el dolo y la culpa inexcusables, respecto de los cuales se han de aportar medios probatorios, que podan ser todos aquellos que las partes consideren necesarios, destacando la histórica clínica y la pericia.

Una de las pruebas que permite conocer la verdad formal en el proceso de responsabilidad civil médica es la Historia Clínica del paciente afectado; es por ello que resulta oportuno conocer la Historia Clínica: Es un conjunto de documentos relativos a los procedimientos médicos que se le han aplicado a un paciente, siendo un documento obligatorio y necesario en el desarrollo de la atención sanitaria a las personas.

Desde una perspectiva legal la medicina forense la define como el instrumento en el que figura de manera ordenada, metódica y detallada la sucesión de hechos que han realizado los profesionales en medicina durante la asistencia a un paciente, desde su ingreso hasta la salida ya sea por alta médica o en el peor de los casos por muerte. Se compone de cuatro partes; 1) anamnesis. 2) exploración, 3) evaluación y 4) epicrisis. La palabra anamnesis (...) En medicina se refiere al interrogatorio o diálogo que realiza el médico con el enfermo para conocer su enfermedad, (...). El galeno con este fin busca en el diálogo con el enfermo toda la información necesaria para poner en práctica sus conocimientos. (Salazar - Santafé, 2017, p. 36)

El Peritaje médico o pericia médico legal, “se trata de un proceso en el que el perito médico realiza una evaluación y da un veredicto sobre el estado físico y mental de una persona después de padecer un accidente, una negligencia médica u otro tipo de incapacidad”(Fernández, 2016)

El informe pericial, señala 1) Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o modo en que se halle; 2) Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado; 3) Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o de su arte;

Respuesta a solicitudes de ampliación de dictamen a otros puntos conexos y otros aspectos de dictamen. La estructura del informe pericial, según López Gómez y Gisbert Clabuig, citados por ( Romero, 2021, p. 145) comprende:

- Preámbulo
- Relación y descripción de los objetos acerca de los cuales debe emitirse el informe
- Operaciones practicadas

- Valoración
- Conclusiones
- Formula Final

El informe del perito tiene importancia capital en los casos de responsabilidad civil médica, de su contenido podrá apreciarse los argumentos si hubo o no negligencia, impudencia o simple falta de pericia.

La eficacia probatoria del dictamen pericial debe estimarse teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos en que funda sus conclusiones, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores idóneos de las partes y de los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

### **2.3. Marco Conceptual**

**Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba:** Jeremías Bentham citado por Santos-Ballesteros et al. (2016) refiere que: 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.

**Proceso Civil:** Es la sucesión de fases jurídicas concatenadas realizadas, por el juez en cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley procesal le impone, por las partes y los terceros cursadas ante órgano jurisdiccional en ejercicio de sus poderes, derechos, facultades y cargas que también la ley les otorga, pretendiendo y pidiendo la actuación de la ley para que: dirima la controversia, verificado que sean los hechos alegados, en una sentencia. (Cavani, 2021)

**Responsabilidad Civil:** “La responsabilidad civil se puede configurar como un deber de indemnizar donde existe un derecho de crédito del que es titular o acreedor el perjudicado y un deber de prestación del que es deudor el responsable. Puede ser que este sea el mismo autor del daño, responsabilidad por hechos propios y cabe que la responsabilidad recaiga sobre una persona distinta del autor del daño, responsabilidad por hechos ajenos. La distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual tiene su origen en el Derecho Romano”(Gonzales, 2021, p. 205)

**Responsabilidad Civil Médica:** La responsabilidad civil derivada de daños médicos es una institución de reciente data que se hace más fuerte conforme aparecen medicamentos más eficaces, tecnología más avanzada y ramas más especializadas de la medicina, observándose así una evolución desde la irresponsabilidad de los daños médicos a la responsabilidad por negligencia o por culpa del médico hasta llegar a la responsabilidad objetiva de los hospitales. (Carhuatocto, 2010, p. 87)

**Seguro Médico:** El seguro de salud se puede definir como un seguro que cubre el tratamiento médico del asegurado y dependiendo de la póliza, puede incluir diferentes tipos de beneficios para diferentes condiciones como intervenciones quirúrgicas, medicamentos, prótesis, etc.(Salazar-Vargas, 2021)

**Responsabilidad Administrativa:** Los funcionarios, en el desempeño de sus funciones, tareas o trabajos, violan con sus actuaciones las obligaciones establecidas por la ley y no se ajustan a los principios de licitud, honradez, lealtad, equidad y eficacia de la gestión de los servicios. (Vera, 2013)

## CAPÍTULO III

### Hipótesis y variables

#### 3.1. Hipótesis y Categorías de Estudio

Se prescinde de la prueba hipótesis en la presente investigación, debido a la finalidad del trabajo de investigación y a la naturaleza cualitativa del análisis de las muestras, siendo que no se planteará una hipótesis como parámetro poblacional sino como paradigmas de trabajo.

El trabajo de campo si bien permitirá establecer predicciones subjetivas al respecto de los resultados obtenidos durante la investigación, estos no serán tomados como un promedio o desvío estándar (estimadores de generalización), por lo que la aplicación de la prueba hipótesis no será útil pues no es significativamente estadística, ni tendría probabilidad de ser exacta.

##### *3.1.1. Hipótesis General*

Los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica son: el desarrollo de un debido proceso, el esclarecimiento de los hechos y una tutela jurisdiccional adecuada; que encuentra respaldo en el derecho comparado, donde se encuentra regulada.

#### 3.2. Categorías de estudio

Categoría 1: Carga dinámica de la prueba

Categoría 2: Responsabilidad civil medica

#### **Tabla 4**

Categorías de Estudio

Categorías	Sub Categorías
Carga dinámica de la prueba	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Teoría de la carga de la prueba</li> <li>• Modalidades de la carga de la prueba</li> <li>• La carga de la prueba en el proceso civil peruano</li> <li>• La regulación de la carga de la prueba</li> <li>• Teoría de la carga dinámica de la prueba</li> </ul>
Responsabilidad civil médica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Responsabilidad civil</li> <li>• Tipos de responsabilidad civil</li> <li>• Responsabilidad civil médica</li> <li>• La prueba en el proceso de responsabilidad civil médica</li> <li>• Las pruebas relevantes e idóneas en el proceso de responsabilidad civil médica</li> </ul>

## **CAPITULO IV**

### **Metodología**

#### **4.1. Enfoque de investigación**

Conforme a los objetivos planteados y la hipótesis, la presente investigación es de corte cualitativa. Porque la investigación se orienta a la recolección de datos de orden teórico doctrinario, de documentos y legislación, así como de información subjetiva de especialistas en relación a la carga de la prueba, y no a la obtención de datos de carácter numérico. Para Monjarás et al. (2019) la investigación cualitativa es un método de recopilación y evaluación de datos no estandarizados. En la mayoría de los casos, se utiliza una muestra pequeña y no representativa para obtener una comprensión más profunda de sus criterios de decisión y motivaciones.

#### **4.2. Tipo de investigación**

El tipo de investigación utilizado responde a la naturaleza del trabajo de campo, el mismo que se sustentó en el análisis de la realidad, corresponde al tipo Jurídico Propositivo, porque tiene como objetivo proponer la ejecución de cambios para garantizar el ejercicio de ambos derechos sin vulnerar a ninguna del parte, además porque se realiza una investigación de instituciones jurídica, como es el caso de la carga de la prueba y la responsabilidad civil; y se orienta a elaborar una propuesta legislativa. (De La Cruz, 2016) La característica de esta tipología es poner en evidencia el vacío o lagunas de una o varias normas jurídicas. El objetivo de este tipo de investigación es proponer cambios o reformas legislativas. (Sampieri et al., 2014)

En consecuencia, el nivel de investigación es descriptivo- explicativo, pues se fundamentó en describir y explicar el problema o fenómeno a través de un estudio del mismo en una momento y tiempo determinado.

### **4.3. Diseño de investigación**

El diseño utilizado fue el no experimental - transeccional descriptivo.

En palabras de Ñaupas et al. (2014) la investigación transversal tiene por finalidad observar en un momento determinado un problema y partir de esa observación se puede describirlo, caracterizarlo o explicarlo.

### **4.4. Unidad de análisis**

En ésta investigación, las unidades de análisis temático están dadas por el análisis dogmático de sentencias, teorías sobre la carga Dinámica de la Prueba y la responsabilidad Civil Médica.

### **4.5. Población y análisis**

El trabajo se ha realizado en torno al análisis documental comprendido por sentencias emitidas a nivel nacional sobre la admisión de medios probatorios en base a la carga dinámica de la prueba en casos de responsabilidad civil médica, además se ha trabajado con especialistas en materia de responsabilidad civil con quienes se aplicó una entrevista.

### **4.6. Muestro no probabilística.**

Para el desarrollo de la presente investigación, se considera importante analizar y recoger la opinión de 5 profesionales cuyas actividades se relacionan con el tema de investigación, entre los que se encuentren: Abogados en ejercicio profesional de la especialidad con maestría en derecho civil o procesal civil, docentes en derecho, jueces.

Se realizaron entrevistas a:

- Rómulo Morales Hervías

- Leysser Luggi León Hilario
- Jairo Cieza Mora
- Karen Amez Peralta
- Williams Castillo Carlos

#### **4.7. Técnicas de recolección y análisis de información temática**

Para la realización del trabajo de campo y la comprobación de los objetivos planteados, un aspecto importante en el proceso de investigación es la elaboración de los instrumentos, la información recolectada debe de ser confiable y verificable para lo cual deben de elegirse o crearse adecuadamente los instrumentos que nos permitirán el recojo de datos. Para el presente caso se esgrimieron los siguientes instrumentos y técnicas de investigación.

La técnica utilizada para la recolección en información es la entrevista, y para ello se ha utilizado como instrumento el cuestionario de 10 preguntas. Las entrevistas fueron realizadas con el objetivo de obtener información relevante sobre el tema de investigación, según el formato de entrevista que se adjunta en la Tabla 6.

**Tabla 5**

Técnicas e instrumentos

Técnicas	Instrumentos
- Encuesta	- Entrevistas, a los profesionales del Derecho

<ul style="list-style-type: none"> <li>- Revisión documental</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Libros</li> <li>- Análisis bibliográfico, de legislación, de sentencias y documental.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- La triangulación y discusión</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Combinación de datos cualitativos.</li> </ul>

#### **4.8. Técnicas de análisis e interpretación**

En términos generales se emplearon técnicas cualitativas como la recopilación documental, análisis exegético y la técnica cuantitativa de la encuesta.

## **CAPÍTULO V**

### **Discusión de resultados**

#### **5.1. Análisis e interpretación de los resultados**

Teniendo en cuenta el objetivo general de la investigación, se partió por aplicar una encuesta validada por juicio de experto a especialistas en Derecho Civil, siendo la disposición de las respuestas de la siguiente manera:

**Tabla 6**

Entrevistas realizadas

PREGUNTAS	ENTREVISTADO(A)				
	ROMULO MORALES HERVIAS	LEYSSER LUGGI LEON HILARIO	JAIRO CIEZA MORA	KAREN AMEZ PERALTA	WILLIAMS CASTILLO CARLOS
1. ¿Cree usted que la responsabilidad civil médica está debidamente regulada en el Perú?	La responsabilidad civil médica no se encuentra bien regulada.	No, está sujeta a importantes límites; como el relativo a la necesidad de demostrar el dolo o la culpa inexcusable de los profesionales	Nuestra legislación carece de una adecuada regulación para los temas de responsabilidad civil en general, esta problemática junto a la mala interpretación de las normas por parte de los operadores jurisdiccionales hacen que el sistema sea caótico.	No, ya que existen ciertos conflictos jurídicos entre el Código Civil y la Ley General de Salud	No lo está, en especial el tema de la prueba.

<p>2. ¿Cuál es la teoría de la carga probatoria acogida en el Código Procesal Civil?</p>	<p>La disposición normativa general en el Perú establece que quien alega algo debe probarlo,</p>	<p>No es una teoría regulada de manera explícita en el Código Procesal Civil, a menos que se considere como teoría la afirmación de que quien alega un hecho debe probarlo, en cuyo caso estaríamos hablando de la carga estática de la prueba.</p>	<p>La norma en el artículo N° 196 del código procesal civil peruano, regula que quien alega o manifiesta algún hecho debe probarlo.</p>	<p>Solo le corresponde probar a quien alega los hechos como ciertos en el proceso para que reafirme sus argumentos.</p>	<p>El artículo 196° del Código Procesal Civil Peruano dispone: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.</p>
<p>3. ¿Qué entiende usted por la teoría de la carga dinámica de la prueba?</p>	<p>Quien prueba algo tiene que estar en la condición de poder probarlo</p>	<p>La prueba debe ser asumida por quien esté en mejor condición para aportarla.</p>	<p>Es una corriente doctrinaria que defiende la inversión de la distribución de la prueba; su aplicación es de corte excepcional y sujeto a la discrecionalidad de los jueces como directores de los procesos.</p>	<p>Es una regla en materia probatoria, la cual consisten en asignar la carga probatoria a la parte que se encuentre en las mejores condiciones para realizarlo.</p>	<p>La carga de la prueba recae sobre aquella parte (actor o demandado), que se encuentre en mejores condiciones profesionales</p>
<p>4. ¿A quién corresponde la carga probatoria en el proceso de responsabilidad?</p>	<p>Al acreedor.</p>	<p>Al acreedor</p>	<p>Esta recae sobre el dañado o el perjudicado según los preceptos del artículo 1330 de nuestro Código Civil,</p>	<p>Como regla general a quien afirma los hechos</p>	<p>Al dañado</p>

ad civil contractual?					
5. ¿A quién corresponde la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil extracontractual?	Al dañador o creador del daño.	El descargo por falta de dolo o culpa, corresponde al autor, cuando, en realidad, se refiere al imputado.	Según lo regulado en nuestro Código Civil, en los artículos 1969, 1981 y 1985 le corresponde a los que causan el daño.	Como regla general a quien afirma los hechos	Al causante del daño debe probar su falta de culpa, conforme al último párrafo del artículo 1969° del C.C:
6. En su experiencia profesional ¿cuáles son las principales dificultades probatorias en el proceso de responsabilidad civil médica?	La pericia que se va a realizar, estas pericias van a variar de acuerdo al tipo de enfermedad.	Son dos: La prueba de la causalidad, por tratarse de una cuestión que se define pericialmente (y las pericias, además de complejas, pueden ser costosas), y la prueba del criterio de imputación (dolo o culpa grave).	El paciente se encuentra en una relación asimétrica respecto a los médicos o centros médicos, dado que estos últimos son los que tienen mayor acceso a la información, experiencia, conocimiento; y a pruebas como la historia clínica	La parte demandante muchas veces no puede probar porque no tiene los documentos o pruebas necesarias que la sustenten	El logro de la historia clínica fidedigna y demás documentales originales que obran a cargo de la estructura sanitaria.

<p>7. ¿A quién corresponde la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica?</p>	<p>Le corresponde a la clínica u centro hospitalario, personal de salud y médicos.</p>	<p>Todo recae en el paciente, quien debe probar los daños y el criterio de imputación.</p>	<p>Le corresponde al dañado, paciente o familiares de pacientes; ahora si reformulamos la pregunta ¿A quién debería corresponderle la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica? Estaríamos en un escenario contrario</p>	<p>Como regla general a quien afirma los hechos, sin embargo, excepcionalmente el Juez puede establecer que dicha carga que corresponde a una parte distinta de aquella.</p>	<p>Al dañado, quien debe probar el dolo o la culpa inexcusable, mientras que la culpa leve se presume (arts.1329, 1330 y siguientes del C.C.)</p>
<p>8. ¿Cuáles serían las pruebas relevantes e idóneas en el proceso de responsabilidad civil médica?</p>	<p>La pericia que determine la causa que ocasiono daño al paciente, el informe médico, la propia declaración del paciente antes de ingresar a un centro médico, la epicrisis.</p>	<p>Lo fundamental es contar con una pericia</p>	<p>La historia clínica y las pericias que se realicen a la misma</p>	<p>Historia Clínica del paciente y las pericias de médicos forenses.</p>	<p>La pericia médica; la prueba documental (historia clínica, el consentimiento informado, la auditoria médica a cargo de SUSALUD).</p>
<p>9. En su experiencia profesional ¿Conoce de casos en los que se haya aplicado la</p>	<p>Sí, como en el caso de una empresa de ferrocarriles donde dicha empresa estuvo en mejores</p>	<p>Si, el ejemplo máximo de la aplicación, es la sentencia emitida en el X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema,</p>	<p>Si en procedimientos administrativos y laborales, pero he notado su aplicación de manera más</p>	<p>Menciona que no.</p>	<p>Si, tuve la oportunidad de investigar sobre la responsabilidad civil médica a cargo de instituciones del Estado, como</p>

carga dinámica de la prueba?	condiciones de probar el daño al damnificado.		concienzuda en países como Colombia		parte de la tesis “LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y SU EFECTOS EN LA FUNCIONES DISTRIBUTIVAY PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS”.
10. ¿Sabe si la carga dinámica de la prueba se encuentra reconocida por nuestra jurisprudencia?	Si, se encuentra reconocida en nuestra jurisprudencia	Si, la he visto últimamente aplicada en arbitrajes	Si ha observado su aplicación, en arbitrajes y procedimientos administrativos, pero siendo el caso más saltante en el décimo Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema.	Si, como por ejemplo la Resolución N° 13432010/SC2-INDECOPI del Expediente N° 2595-2006/CPC.	Si ha sido aplicada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, por la Corte Suprema de Justicia, por la Sala de Procesos Abreviados y De Conocimiento de la Corte Superior de Lima, Juzgados del país, y por el INDECOPI, y por SUSALUD.

## Análisis e interpretación

El profesor Rómulo Morales Hervias es magíster por la Universidad de Roma Tor Vergata (Roma II), Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica; ha efectuado estudios de especialización en Derecho Romano y en Responsabilidad Civil en la Universidad de Roma La Sapienza. En relación a la regulación de la responsabilidad civil médica en el Perú, refiere que se tiene leyes especiales en base al régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones, así como disociaciones en el Código Civil que regulan la actividad profesional. En el Perú no hay una normatividad específica que parta de la responsabilidad profesional, y no solo hablamos de los médicos, sino también de otras actividades como las de los abogados, ingenieros, por ejemplo; en conclusión, la responsabilidad civil médica no se encuentra bien regulada. Con respecto a la carga probatoria acogida en el Código Procesal Civil, afirma que, la disposición normativa general en el Perú establece que quien alega algo debe probarlo, en el Perú en cuestión de obligaciones quien tiene que probar el dolo y la culpa es el acreedor; en caso de la responsabilidad extracontractual es diferente, el código habla de que se presume el daño, quien tiene que probar es el dañador mas no el acreedor. En el caso de la responsabilidad civil medica está sujeta a la responsabilidad por la inejecución de obligaciones, por lo tanto, es la víctima o los familiares del paciente quienes tendrán que probar que el medico actuó con dolo o culpa. En relación a la teoría de la carga dinámica de la prueba, menciona que, quien prueba algo tiene que estar en la condición de poder probarlo, en el caso de los pacientes o familiares de los pacientes es claro que ellos no tienen el conocimiento de la técnica de la medicina, quien está en la mejor posición para probar si hubo o no daño son los médicos. El problema está en lo que regula el código civil y lo que ha desarrollado la jurisprudencia, haciendo hincapié que la labor de los jueces es la de aplicar o interpretar la norma o la Ley, más no crear leyes. Respecto

a la responsabilidad de la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil contractual, menciona que, al acreedor. En relación a su experiencia profesional sobre las principales dificultades probatorias en el proceso de responsabilidad civil médica, menciona que, la medicina es una ciencia, y que, por ejemplo, en la actual pandemia y al ser un virus nuevo, no saben cómo afecta a cada organismo, los médicos en términos generales ni saben cómo pueden afectar a cada persona. Es claro que lo que es clave aquí es la pericia que se va a realizar, estas pericias van a variar de acuerdo al tipo de enfermedad. Con respecto a la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica, afirma que, en este caso es evidente que le corresponde a la clínica u centro hospitalario, personal de salud y médicos. En relación a las pruebas relevantes e idóneas en el proceso de responsabilidad civil médica, afirma que, la pericia que determine la causa que ocasiono daño al paciente, el informe médico, la propia declaración del paciente antes de ingresar a un centro médico, la epicrisis. Sobre si conoce de casos en los que se haya aplicado la carga dinámica de la prueba, refiere que, sí, no tanto en casos de responsabilidad médica, pero si no en otras aéreas como en el caso de una empresa de ferrocarriles donde dicha empresa estuvo en mejores condiciones de probar el daño al damnificado. Finalmente, respecto a si la carga dinámica de la prueba se encuentra reconocida por nuestra jurisprudencia, afirma que, si.

Por otro lado, Leysser Luggi Leon Hilario es abogado. Doctor en Derecho por la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia), socio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado (AIDC). Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Piura-Sede Lima. Miembro titular de la Comisión del Congreso de la República

a cargo de la Revisión del Código Civil en materia de Derechos de las Personas con Discapacidad (CEDIS) Respecto si la responsabilidad civil medica está debidamente regulada en el Perú, enfatiza que, no está sujeta a importantes límites, más bien, como el relativo a la necesidad de demostrar el dolo o la culpa inexcusable de los profesionales (artículo 1762 del Código Civil y legislación especial), asimismo sobre la que tipo de carga probatoria reconoce el Código Procesal Civil, manifiesta que no es una teoría regulada de manera explícita en el Código Procesal Civil, a menos que se considere como teoría la afirmación de que quien alega un hecho debe probarlo, en cuyo caso estaríamos hablando de la carga estática de la prueba. Asimismo, sobre la teoría de la carga dinámica de la prueba, afirma que, es una tendencia que considera que la prueba debe ser asumida por quien esté en mejor condición para aportarla, la responsabilidad de probar le corresponde al acreedor (el paciente) debe demostrar el dolo o la culpa grave del profesional sanitario (artículo 1330 del Código Civil), enfatiza que, al imputado, aunque el Código Civil utilice, equivocadamente, la palabra autor. Se establece que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor, cuando, en realidad, se refiere al imputado. Del mismo modo manifiesta que sobre las principales dificultades probatorias en el proceso de responsabilidad civil médica, existen dos: la prueba de la causalidad, por tratarse de una cuestión que se define pericialmente (y las pericias, además de complejas, pueden ser costosas), y la prueba del criterio de imputación (dolo o culpa grave). En relación, menciona que, tratándose de una responsabilidad principalmente contractual (o por incumplimiento de obligaciones) a quién corresponde la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica se aplican las reglas generales del Código Civil. Todo recae en el paciente, quien debe probar los daños y el criterio de imputación (artículos 1330 y 1331 del Código Civil), así como la causalidad, aunque no sea mencionada en la ley.

Con respecto a las pruebas relevantes e idóneas en el proceso de responsabilidad civil médica, afirma que lo fundamental es contar con una pericia. Es la que decide todo: acredita que hay nexo causal entre actos u omisiones de los profesionales y el daño, la existencia y gravedad del daño, y el grado de culpabilidad o dolo de los profesionales. En relación a si conoce de casos en los que se hayan aplicado la carga dinámica de la prueba, afirma que se invoca a nivel judicial, en algunos casos, y actualmente, se aprecia una influencia de la filosofía de la prueba, que podría aportar en la solución de conflictos de los procesos de Responsabilidad Civil Médica. El ejemplo máximo de la aplicación, es la sentencia emitida en el X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema, con sus 400 notas a pie de página. En relación a la carga dinámica de la prueba se encuentra reconocida por nuestra jurisprudencia, afirma que si, la ha visto últimamente aplicada en arbitrajes

El magister Jairo Napoleon Cieza Mora, es candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho Civil y Comercial, docente de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Derecho Civil) y en la Universidad Pontificia Católica del Perú (Derecho Civil). Docente en Pregrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Derecho Civil), en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Derecho Civil), en la Universidad de Lima (Derecho Civil) y en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (Derecho Civil y Derecho y Literatura). Investigador del Centro Nacional de Ciencia e Innovación Tecnológica (CONCYTEC), en el grupo María Rostworowski. Autor de libros y publicaciones jurídicas, Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, manifiesta que nuestra legislación carece de una adecuada regulación para los temas de responsabilidad civil en general, esta problemática junto a la mala interpretación de las normas por parte de los operadores jurisdiccionales: hacen que el sistema

sea caótico al momento de resolver demandas de responsabilidad civil. Referido a la teoría de la carga probatoria acogida en el Código Civil peruano, la norma no es expresa respecto a su inclinación de una teoría; pero de la lectura del artículo N° 196 del código procesal civil peruano, se desprende que quien alega o manifiesta algún hecho debe probarlo; disposición que en muchos procesos ha generado la insuficiencia de pruebas para que determinados demandantes consigan la satisfacción de sus pretensiones. Referido a la carga dinámica de la prueba, se entiende que esta es una corriente doctrinaria que defiende la inversión de la distribución de la prueba; su aplicación es de corte excepcional y sujeto a la discrecionalidad de los jueces como directores de los procesos; siendo su principal tenor que quien aporte las pruebas al proceso, sea aquella persona que se encuentre en mejores condiciones de probar; estas condiciones se relacionan con la facilidad probatoria que tiene una de las partes, ya sea por su conocimiento o por su posición, En cuanto a la carga probatoria en los procesos de responsabilidad civil contractual, esta recae sobre el dañado o el perjudicado según los preceptos del artículo 1330 de nuestro Código Civil, el daño puede ser causado por incumplimiento de una obligación, sea total o parcial, tardío o con defectos. Respecto a la responsabilidad civil extracontractual y según lo regulado en nuestro Código Civil, en los artículos 1969, 1981 y 1985 le corresponde a las personas que causan el daño. Respecto a la dificultad probatoria en los procesos de responsabilidad civil médica, el paciente se encuentra en una relación asimétrica respecto a los médicos o centros médicos, dado que estos últimos son los que tienen mayor acceso a la información, experiencia, conocimiento; y a pruebas como la historia clínica; siendo así que los médicos o centros médicos deberían acreditar su ausencia de culpa en los procesos de responsabilidad civil médica. ¿A quién corresponde la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica? Respondiendo a esta pregunta, el entrevistado manifiesta que de

acuerdo a nuestro sistema jurídico, en los procesos de responsabilidad civil médica por negligencia médica, que es contractual; le corresponde al dañado, paciente o familiares de pacientes; ahora si reformulamos la pregunta ¿A quién debería corresponderle la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica? Estaríamos en un escenario contrario, pues de acuerdo a lo manifestado en la anterior pregunta, quién debería sostener la carga de la prueba es el sistema sanitario, por la cercanía al material probatorio y su experticia. Respecto a la pruebas relevantes en el proceso de responsabilidad civil médica pues no cabe duda que la historia clínica, que permite comprender de manera minuciosa y detallada los antecedentes, diagnóstico, tratamiento, características y demás actos médicos que se han realizado y que se deberían realizar a un determinado paciente, siendo el documento fundamental para comprender que circunstancias llevaron a la ocurrencia de una mala praxis médica; de la mano a este medio probatorio se encuentran los peritajes médicos. Sobre la experiencia del entrevistado en casos donde se haya aplicado la carga dinámica de la prueba, manifiesta haber apreciado su aplicación en procedimientos administrativos y laborales, pero he notado su aplicación de manera más concienzuda en países como Colombia; lamentablemente en fallos judiciales peruanos existen muchas carencias de orden procesal que de alguna manera privan a los justiciables de poder conseguir la tan ansiada justicia. En casos de mala praxis médica ha sido testigo del padecimiento de las personas afectadas, la impotencia de no poder conseguir un resarcimiento o una sanción a los médicos que no han procedido de manera correcta. Respecto a sentencias donde se hayan aplicado la teoría de la carga dinámica de la prueba afirma que si ha observado su aplicación, en arbitrajes y procedimientos administrativos, pero siendo el caso más saltante en el décimo Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema,

Sobre la especialista Karen Amez Peralta, abogada por la Universidad Andina del Cusco y magister en derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, actualmente se desempeña como docente de Derecho en la Universidad Continental y anteriormente ejerció la docencia en la Universidad Alas Peruanas. Respecto a si la responsabilidad civil medica está debidamente regulada en el Perú, afirma que, no, ya que existen ciertos conflictos jurídicos entre el Código Civil y la Ley General de Salud corresponde a la regulación de responsabilidad civil médica, por una parte el artículo 1762 del Código Civil, establece que, si la prestación de servicios implica asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable; por su parte, el artículo 1330 del mismo cuerpo de leyes, prescribe que el perjudicado tiene que probar el dolo o la culpa inexcusable, por la inejecución de la obligación de la demanda. Algunos jueces emplean los artículos correspondientes a la responsabilidad extracontractual para fundamentar sus decisiones, sin embargo en el artículo 48 de la Ley General de Salud refiere que los establecimientos son solidarios de manera extracontractual y contractual, por lo que si el médico que desempeña sus labores en el tendrá una relación de dependencia con el centro de salud, asimismo la relación que existe entre paciente y el establecimiento de salud acarrea responsabilidad contractual. Respecto a la teoría de la carga probatoria acogida en el Código Procesal Civil, menciona que, el artículo 196 del Código Civil indica: salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Por lo tanto, solo le corresponde probar a quien alega los hechos como ciertos en el proceso para que reafirme sus argumentos. Por teoría de la carga dinámica de la prueba, entiende que, la carga dinámica de la prueba es una regla en materia probatoria, la cual consisten en asignar la carga

probatoria a la parte que se encuentre en las mejores condiciones para realizarlo. Y sobre la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil contractual, afirma que, como regla general a quien afirma los hechos, sin embargo, excepcionalmente el Juez puede establecer que dicha carga corresponde a una distinta de aquella, la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil extracontractual, afirma que, como regla general a quien afirma los hechos, sin embargo, excepcionalmente el Juez puede establecer que dicha carga que corresponde a una parte distinta de aquella. En relación a su experiencia profesional sobre las principales dificultades probatorias en el proceso de responsabilidad civil médica, afirma que, no he tenido casos de ese tipo, pero he observado que la parte demandante muchas veces no puede probar porque no tiene los documentos o pruebas necesarias que la sustenten, por lo que el Centro de Salud debería proporcionar y colaborar en la búsqueda de la verdad. Sobre a quién corresponde la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica, afirma que, como regla general a quien afirma los hechos, sin embargo, excepcionalmente el Juez puede establecer que dicha carga que corresponde a una parte distinta de aquellas y que las pruebas relevantes e idóneas en el proceso de responsabilidad civil médica, menciona que, la Historia Clínica del paciente y las pericias de médicos forenses. En relación a su experiencia profesional sobre si conoce de casos en los que se haya aplicado la carga dinámica de la prueba, menciona que, no. Y si la carga dinámica de la prueba se encuentra reconocida por nuestra jurisprudencia, afirma que, si, como por ejemplo la Resolución N° 13432010/SC2-INDECOPI del Expediente N° 2595-2006/CPC.

Williams Castillo Carlos, abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, magister en Derecho por la Universidad Mediterránea Di Reggio Calabria en Italia, Juez del Juzgado Civil en la Provincia de Grau-Apurimac, anteriormente docente auxiliar de prácticas en Derecho Civil de la Universidad Nacional de San Antonia Abad del Cusco,

manifiesta que la responsabilidad civil médica está debidamente regulada en el Perú no lo está, en especial el tema de la prueba; ya que, al estar dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, la carga de probar recae en el dañado (paciente), quien debe demostrar el dolo o la culpa inexcusable con el que actuó la estructura sanitaria y los dependientes de éste (médicos y auxiliares), en tanto se presume la culpa leve, ello conforme a los artículos 1329, 1330 y siguientes del Código Civil; hecho en el que se presenta una situación asimétrica en desventaja del paciente, máxime si el Centro de Salud está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba de descargo; por lo que siguiendo a especialistas en el tema debe aplicarse la inversión de la carga de la prueba mediante la utilización de teorías como la causalidad probabilística o la *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma). El fundamento de ello pasa por comprender la evolución histórica de la Teoría de la Responsabilidad Civil, en el que dado el grado de desarrollo que se ha logrado en casi todos los aspectos de la vida humana, incluido al ámbito médico, es insostenible mantener la Teoría de la Responsabilidad sin culpa en la que la carga de la prueba recaía en el dañado para propender el desarrollo de determinadas actividades, propia de la etapa medieval e inicios de la industrialización; por lo que en pleno siglo XXI la responsabilidad debe ser presunta u objetiva, me remito al autor antes citado que desarrolla en detalle lo abordado. Asimismo, respecto a la teoría de la carga probatoria acogida en el Código Procesal Civil, afirma que, corresponde a la estática reconocida en el artículo 196° del Código Procesal Civil Peruano: Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Por otro lado, sobre la teoría de la carga dinámica de la prueba, entiende que, en determinados supuestos, la carga de la prueba recae sobre aquella parte (actor o demandado), que se encuentre en mejores condiciones profesionales. Técnica o fácticas

para producirla. Con respecto a la correspondencia de la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil contractual, afirma que, al dañado, quien debe probar el dolo o la culpa inexcusable, mientras que la culpa leve se presume (arts.1329, 1330 y siguientes del C.C.) y en el proceso de responsabilidad civil extracontractual manifiesta que, al causante del daño debe probar su falta de culpa, conforme al último párrafo del artículo 1969° del C.C: El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Se produce la inversión de la carga de la prueba. En relación a su experiencia profesional sobre las principales dificultades probatorias en el proceso de responsabilidad civil médica, afirma que, el logro de la historia clínica fidedigna y demás documentales originales que obran a cargo de la estructura sanitaria, la carga probatoria en el proceso de responsabilidad civil médica, menciona que, la pericia médica; la prueba documental (historia clínica, el consentimiento informado, la auditoria médica a cargo de SUSALUD). Menciona que conoce de cerca casos donde se aplicó la carga dinámica de la prueba, ya que, realizó la investigación la acción de repetición y su efectos en la funciones distributiva preventiva de la responsabilidad civil de los trabajadores públicos”, y también en el ejercicio de la abogacía, habiendo hallado algunas resoluciones, entre ellas, la contenida en el Expediente: 7169- 2014 Demandante: Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. Demandado: INDECOPI, Litisconsorte: Rubén Israel Jara Reyes Materia: Nulidad de Acto Administrativo. Defensa de los derechos del consumidor apelante Demandante Procedencia: 24° Juzgado Contencioso Administrativo, en el que aplica la carga dinámica de la prueba en un caso de responsabilidad civil Médica. Finalmente, señala que la carga dinámica de la prueba se encuentra reconocida por nuestra jurisprudencia,

## 5.2. Análisis de las sentencias respecto a la carga dinámica de la prueba

**Tabla 7**

Análisis de las sentencias

N°	Lugar	Año	Nro Expediente	Demandado	Materia	Referencia	Respecto a la carga dinámica de la prueba
01	LIMA	2007	CASACION 2729-2007	Alicia Josefina García Llerena, en su calidad de médico	Indemnización	Extirpación de tumor: carga de la prueba por daños generados en operación no recae en el doctor	No se aplica
02	LIMA	1998	Exp. 2005- 1998 Resolución del 26 de enero del 1999 del Setimo Juzgado Civil de Lima	Clinica Ricardo Palma.	Indemnización	Se declara infundada la demanda por falta de pruebas.	No se aplica

03	SAN MARTIN	2013	EXP. 00682-2013-0-2208-JR-CI-01	Dirección Regional de Salud de San Martín y otros	Indeminización	Analiza los elementos de la responsabilidad civil en relación al déficit en la atención médica y si existen características especiales en torno al nexo causal y es posible aplicar en estas demandas el concepto de prueba dinámica.	Se aplica
04	LAMBAYEQUE	2019	CASACIÓN N° 3795-2019	Policlínico Manuel Manrique Nevado de ESSALUD	Indemnización	Debe facilitarse carga probatoria ante dificultad en acreditar el daño (síndrome neurológico por vacunación)	Se aplica

## **Análisis e interpretación**

### **1. Casación 2729-2007**

La demandante interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios, contra Alicia Josefina García Llerena, en su calidad de médico alegando que, como consecuencia de la operación quirúrgica de histerectomía laparoscópica asistida por vagina realizada por la demandada, se le ocasionó grave daño necesitando a posterior 5 intervenciones quirúrgicas; la demanda fue declarada infundada señalándose; en un hecho incontrovertible que la operación practicada a la demandante resultaba de riesgo e implica la solución de un asunto profesional de especial dificultad, por tanto no habiendo la parte perjudicada acreditado el dolo o la culpa inexcusable casaron la sentencia de vista.

En el presente caso, se arguye que es evidente que quien debe acreditar que la profesional médico actuó con dolo o con culpa inexcusable al practicarse la operación, es la propia demandante; lo que no ha sido acreditado con ningún medio de prueba idóneo según la sentencia; teniendo este fallo se puede advertir que la demandante se encontró en un estado de indefensión al no haberse invertido la carga probatoria; pues quien tenía la facilidad probatoria era la profesional en medicina, y quién tenía que acreditar que su actuar fue diligente, propio y con los cuidados debidos era la demandada.

### **2. Exp. 1998-2005-0-1801-JR-CI-39**

La demanda es interpuesta contra la Clínica Ricardo Palma, siendo la pretensión de la accionante, la de responsabilidad extracontractual e indemnización por daños y perjuicios, pidiendo la suma de 500 mil dólares como monto indemnizatorio. Es menester detallar los hechos dado que en el presente caso resulta sumamente importante el detalle y cronología de

como fue tratada esta paciente: La demandante fue internada en la mencionada clínica por encontrarse según el diagnóstico de los médicos al borde de un paro respiratorio, luego del internamiento por orden del neumólogo es conducida al área de rayos x en silla de ruedas, estando con mascarilla de oxígeno y suero la abandonaron (a pesar del inminente paro respiratorio que le podía sobrevenir); atendiéndola recién después de una hora. Pasados 3 días de internamiento y después de una pésima atención se le diagnostica inflamación de las glándulas bertolinas, drenando la glándula izquierda ese mismo día y a razón de ello le programan operación de urgencia; la cual es postergada para el día siguiente (es necesario precisar que la clínica cobra 2500 soles por día de internamiento, costeadando este monto la demandante). Llegado el día de la operación se le comunica sin ninguna explicación que ya se encontraba en alta médica, retornando a su hogar sin ninguna mejoría y sin haber sido operada; pasados los días y al ver deteriorado su estado de salud decide retornar a la clínica donde disponen que se le opere, es así que sin ninguna orden y manera intempestiva el laboratorista procede a tomarle una muestra de sangre, no siendo necesario, dado que la paciente ya tenía todos sus exámenes completos; siendo finalmente obligada a la extracción, es así que el laboratorista pasados unos minutos vuelve para consultarle a la paciente su nombre y apellidos, dado que la había confundido con otra persona; es este último suceso el que le genera un shock a la demandante, perdiendo el conocimiento en ese momento. Aunque parezca increíble el juzgado declaró infundada la demanda por falta de pruebas, ordenándole a la parte vencida el pago de costas y costos del proceso.

Esta sentencia es muestra del mal estado en el que se encuentra nuestro sistema de justicia, pues la carga probatoria es endilgada al paciente dañado, cuando debería ser al contrario, deberían ser los médicos o centros hospitalarios los encargados de acreditar su

ausencia de culpa, en el caso en específico la clínica debió acreditar que cumplió con los procedimientos y exámenes adecuados, que mantuvieron informada a la paciente y que no la confundieron con otra paciente; no se puede someter a los pacientes a cargar con el peso de la carga de la prueba, cuando la información y experiencia se encuentra en el sistema sanitario

### **3. Exp. 00682-2013-0-2208-JR-CI-01**

En este caso una madre en representación de su menor hijo, demanda a la Dirección Regional de Salud de San Martín, el Hospital II - Tarapoto y el Gobierno Regional de San Martín representado por su Procurador Público, sobre Indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de negligencia médica; dado que el menor ha sido afectado por la enfermedad de Retinopatía del prematuro grado V, quedando el menor con ceguera total, pues el centro de salud no cumplió con el adecuado cumplimiento del Protocolo N° 084.MINSA/DGSP.V.01- que corresponde a los neonatos prematuros con riesgo de retinopatía. En primera instancia se declara fundada en parte la demanda, ordenando a los demandados el pago de (S/. 200,000.00) a favor del menor. En grado de apelación la Sala Civil Descentralizada de Tarapoto confirma la decisión de primera instancia, siendo el fundamento 5.4 de la Sala un precedente importante respecto a la carga dinámica de la prueba; al establecer que al invertirse la carga de la prueba, la parte demandada debe probar su total y absoluta diligencia a fin de precaver y evitar el evento dañoso; y que de lo actuado no se ha podido establecer que el demandado haya actuado con la diligencia debida a efectos de prever las atenciones que requería un prematuro para el cuidado de su salud ocular.

La sentencia ha admitido la actividad de la prueba dinámica, ya que el demandante, que en este caso es el perjudicado, no posee la factibilidad de acceder a medios probatorios idóneos

para casos de responsabilidad civil médica, en el entendido que estos se encuentran en poder de manipulación del demandado (que en el proceso no acreditó su diligencia en el ejercicio de sus funciones médicas), quedando demostrado en el presente caso el daño al paciente por mala praxis por parte del centro médico, vemos reflejado la aplicación de un verdadero criterio de justicia que permite resarcir al perjudicado de alguna manera el menoscabo de su salud.

#### **4. Casación 3795-2019 Lambayeque**

Una madre demanda en representación propia y la de su menor hija al Ministerio de Salud y la Red Asistencial Lambayeque-ESSALUD, sobre indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de haberse cometido mala praxis médica; dado que la menor recibió una vacuna contra la gripe A sin haber pasado el control médico adecuado, ocasionándole el padecimiento de síndrome de Kinsbourne que perjudica su integridad física y psicológica, destruyéndole el proyecto de vida; causándole daño físico y moral. Llegando el proceso al grado de apelación donde la sala confirmó la sentencia de primera instancia, en cuanto declara infundada la demanda de indemnización por lucro cesante; y revoca la sentencia en el extremo que declara infundada la demanda, contra los demandados, Ministerio de Salud y la Red Asistencial Lambayeque-ESSALUD, reformándola se declara fundada en parte la demanda; ordena que los demandados, Ministerio de Salud y Red Asistencial de Lambayeque – ESSALUD; paguen en forma solidaria a favor de la demandante y a su menor hija, la suma de un millón doscientos diez mil setecientos treinta soles (S/ 1'210,730.00).

La demandante interpone recurso de casación, donde la Sala Suprema en el fundamento 8vo manifiesta su inclinación hacia la carga dinámica de la prueba; pues argumenta que frente a ciertos supuestos de responsabilidad civil, según cada caso en concreto se debe facilitar la carga

probatoria para la víctima del daño, cuando ésta tenga dificultades para alcanzar el estándar de prueba que exige un proceso judicial; mediante el traslado de la carga probatoria o de la atenuación de la exigencia de prueba, lo que no significaría que la víctima deje de presentar medios probatorios pertinentes para el sustento a su pretensión; el propósito sería el de obtener en mejor medida una reparación integral del daño sufrido. El fallo de la Sala Suprema fue la de declarar nula la sentencia de Vista y que se emita nuevo pronunciamiento; pues el demandado si habría causado un daño irreversible a la menor.

Adviértase que el Poder Judicial ya está tomando en consideración la carga probatoria dinámica, y que también es considerada por el Tribunal Constitucional, como se advierte del contenido de la sentencia en el expediente 1176-2004-AA/TC, caso en el que el demandante solicita que se deje sin efecto el contrato de afiliación que suscribió con la AFP Unión Vida, a fin de suscribirse al Sistema Privado de Pensiones (traspaso del sistema privado de pensiones al sistema nacional de pensiones):

Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos, según lo presenta el artículo 196 del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probando sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

### **5.3. Desarrollo doctrinario de la carga de la prueba**

Los aportes doctrinarios sobre la carga de la prueba, permiten evidenciar que la importancia de las pruebas en un proceso radica en la obtención de un resultado, que puede ser favorable o no, en ese sentido, el derecho de prueba está asociado al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, en razón a que son derechos que se encuentran protegidos en la Constitución Política y otorga el derecho de las partes a ofrecer medios probatorios, para que éstos sean valorados por el Juez en el proceso.

La prueba será una actividad que permitirá a los actores de un proceso demostrar la veracidad o falsedad de un determinado hecho, esta actividad significará a su vez una carga, la misma que no debe ser confundida con una obligación o deber procesal toda vez que, dichos conceptos difieren en el resultado, en ese sentido, la carga probatoria determinara cuál de las partes ha de probar un hecho cuando las pruebas aportadas no son suficientes o generan incertidumbre en el Juez; es de esta manera que surge la carga de la prueba.

Para conocer el desarrollo de la carga de la prueba, corresponde remontarnos al Derecho Romano, porque bajo la figura del Non Liqueat (No lo veo claro), los jueces tenían la potestad de no emitir un fallo si no tenían certeza de los hechos, pudiéndose trasladar el proceso a una instancia superior con el único requisito de jurar no haber obtenido seguridad sobre la causa, esta potestad del Juez para abstenerse de resolver un conflicto ha ido evolucionando con el tiempo, siendo que actualmente nuestra Constitución advierte en su artículo 139 el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

Según la doctrina, la carga de la prueba determinará las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, adicional a ello otra corriente doctrinal vinculará a la carga de la prueba con el riesgo procesal, el mismo que será asumido por aquella parte que no haya aportado los medios probatorios suficientes para generar certeza sobre los hechos discutidos.

Finalmente es importante hacer mención a las teorías desarrolladas tanto desde el derecho Romano como desde el derecho moderno, en ese sentido, el derecho Romano recoge dos posturas, la primera es la teoría mediante la cual la carga de la prueba incumbe al actor, la segunda es la teoría mediante la cual la carga de la prueba incumbe al que afirma y no al que niega. Por otro lado, el derecho moderno recoge teorías de autores importantes tales como Rosemberg, Gian Antonio Michelli y Devis Echandia que coincide en su teoría.

#### **5.4. Regulación de la teoría de la carga estática de la prueba en el proceso civil peruano**

La regulación de la teoría de la carga estática de la prueba en el proceso civil peruano, ha sido acogida en el artículo 196 del Código en mención, el cual prescribe: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevo hechos”.

Regulación que considera a la prueba como una actividad procesal que con los datos aportados por las partes tiende a alcanzar la certeza de un caso en el juzgador encuentra sustento en principios como la necesidad de la prueba, equilibrio procesal entre las partes, aplicación del conocimiento privado del juez sobre los hechos, adquisición, publicidad de la prueba e inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba, los mismos que guardan relación con la finalidad de la prueba que es verificar las afirmaciones realizadas por las partes, en un escenario que nos permite diferenciar la verdad material de la verdad formal, ésta última

orientada a examinar y encontrar la verdad del caso concreto teniendo en consideración la carga probatoria. En el proceso civil peruano en razón del propio interés de las partes, siendo una obligación procesal cuyo incumplimiento no conlleva una sanción, sino la pérdida del beneficio de aportar pruebas en el proceso, respecto de los hechos expuestos en la demanda y contestación de la demanda, dejando de lado los hechos exentos de prueba como los admitidos por las partes, los notorios, irrelevantes e imposibles.

Es de precisar que, la carga de la prueba posee dos dimensiones, una subjetiva, referida a las reglas de conducta de las partes en el proceso, y otra objetiva, referida a las reglas de juicio para los jueces. Las reglas de conducta de las partes orientan la fase postuladora del proceso, donde las partes recaudan sus pruebas y las introducen al proceso a través de los medios de prueba, así como, su participación en la audiencia de pruebas, regulada por el artículo 203, actuación de pruebas según el artículo 208, la declaración de parte prevista en el artículo 213 y la declaración de testigos regulada en el artículo 224 del Código Procesal Civil. Por su parte, las reglas de juicio para los jueces centran su aplicación al momento de dictar la sentencia en casos de falta de prueba sobre las afirmaciones de un hecho, donde el Juez cuestionará a la parte que debe soportar las consecuencias de aquello, esto se puede advertir de lo regulado en el artículo 197 del Código Procesal Civil referido a la valoración de la prueba por el Juez. Todo lo descrito viene a ser el sustento teórico que envuelve a la teoría de la carga dinámica de la prueba y que da sustento a lo regulado en el artículo 196 Código Procesal Civil peruano.

#### **5.4. Contenido de la teoría de la carga dinámica de la prueba y su tratamiento en la legislación peruana.**

El contenido de la teoría de la carga dinámica de la prueba y su tratamiento en la legislación peruana se ha explicado que la teoría de la carga dinámica de la prueba responde a

un sentido de solidaridad, es decir, cuando en un determinado proceso la parte que alega un hecho no está en capacidad de probar lo alegado y por el contrario quien se encuentre en mejor posición de probar tal hecho es la contraparte, correspondiendo a esta última probar los hechos alegados, apartándose así de la teoría de la carga estática de la prueba.

En esta línea de ideas Peyrano (2010), ha explicado que, según esta teoría se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla. De esta manera podemos decir que, a través de las cargas probatorias dinámicas se busca trasladar la verificación de los hechos hacia la parte que se encuentre en mejor posición de probar el hecho sujeto a verificación, por disponer de los medios y argumentos que resultan idóneos para demostrarlos.

Lo que se trata de explicar, no es que la carga de la prueba se invertirá prima facie, sino que se busca obligar a las partes a aportar todas las pruebas que se encuentren en su poder o a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad procesal.

La teoría de la carga dinámica de la prueba no es una teoría moderna, ya que encuentra sus orígenes en el derecho Romano – Germánico, posteriormente los conceptos evolucionan, llegando al Derecho inglés y español, haciéndose presente también en Latinoamérica, específicamente en Argentina.

Algunos doctrinarios explican la necesidad de la utilización de esta teoría en el proceso civil, entre ellos encontramos a algunos doctrinarios clásicos como Jeremías Bentham, Francesco Carnelutti, David Lascano, Eduardo J. Couture y Michelli, por otro lado, algunos doctrinarios modernos son; Jorge W. Peyrano, Augusto Mario Morello, Eduardo Oteiza, Ricardo Lorenzetti, entre otros.

Podemos decir entonces que con esta teoría se procurará que el órgano jurisdiccional se inmiscuya en el proceso probatorio de manera más activa con el objetivo de buscar la verdad de los hechos y alcanzar la justicia necesaria.

Es pertinente también explicar algunas características respecto a la teoría de la carga dinámica de la prueba, entre ellas podemos encontrar, que es, de aplicación excepcional y aplicación restringida, es decir, que esta teoría no puede ser aplicada de manera general o indiscriminada, sino únicamente de manera excepcional y por interpretación restringida se entenderá que se ajusta a las características o circunstancias especiales de cada caso; otra característica importante es que provoca un desplazamiento parcial y no total del onus probandi, es decir, el desplazamiento de la carga probatoria en determinados casos que resulten difíciles de probar quedara a criterio del Juez.

En nuestra legislación actual la teoría de la carga dinámica de la prueba se hace presente de manera muy tímida en el escenario normativo, es así que, en nuestro Código Procesal Civil, específicamente en el artículo 196° se establece que la carga probatoria le corresponde a quien afirma los hechos, y artículos más adelante, en el artículo 200°, se refiere que en el supuesto que no se puedan probar dichos hechos, la pretensión de la demanda será declarada infundada, estos artículos nos permiten inferir que nos encontramos ante un escenario de carga estática de la prueba, situación que ha sido superada en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, toda vez que en este tipo de procesos la carga probatoria es distinta para algunas excepciones, como son las establecidas en los artículos 23.4 y 23.5, en los cuales se puede observar cierta aproximación a la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Finalmente cabe precisar que si bien es cierto nuestra legislación se inclina más por una teoría estática de la carga probatoria, se pueden observar a nivel jurisprudencial una inclinación hacia una teoría de la carga dinámica de la prueba, lo que nos permite inferir que en el futuro nuestros cuerpos normativos puedan admitir dicha postura para los procesos probatorios, toda vez que, resulta de utilidad para generar equilibrar la balanza probatoria.

### **5.5. Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica en el Perú y cuáles son las pruebas relevantes e idóneas**

El tratamiento de la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica en el Perú y los pruebas relevantes e idóneas, se precisa los deberes de los médicos, la mala praxis médica, error y negligencia médica, los procedimientos médicos y sanitarios del sector salud; en el ítem 23,57 se llega a abordar con mayor precisión el tratamiento de la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica, que comprende un análisis del pacto anticipado de exclusión o exoneración de responsabilidad, que es nulo; para luego precisar el tratamiento jurisprudencial de la carga de la prueba, que conforme ha ido pasando el tiempo, de centrar la resolución de casos considerando la teoría de la carga estática de la prueba han ido variando su postura para acoger la teoría de la carga dinámica de la prueba, con especial atención al pronunciamiento del Colegiado de Indecopi en el caso 2595- 2005/CPC.

### **5.6. Fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica**

Del contenido de la presente investigación, así como de las respuestas a los cuatro problemas específicos se pueden dar a conocer y explicar los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad

civil médica, todo ello desde un marco jurídico que viene a ser su regulación en el Código Procesal Civil.

Entre los fundamentos, debidamente desarrollados en el contenido de la investigación se tienen:

El avance jurisprudencial en relación a la aplicación de la carga dinámica de la prueba en diferentes procesos de naturaleza civil y de manera específica en los casos de responsabilidad civil médica, donde los Jueces y Órganos Colegiados como del INDECOPI, han resuelto casos acogiendo esta teoría.

La teoría dinámica de la carga de la prueba (Tcpd) se basa en una visión publicitada del proceso, donde el juez tiene amplias facultades como gestor del proceso pudiendo romper la regla de atribución de la carga de la prueba, según la cual quien afirma un hecho debe probarlo, permitiendo excepcionalmente, en casos difíciles, la aplicación del principio de la carga de la prueba, según el cual recae la carga de la prueba; sobre la carga de la prueba a quien tiene mejores posibilidades de presentar pruebas a pesar de quien declaró el hecho.

Este se basa en varios principios, como el de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción; el de facilidad y disponibilidad probatoria a los que deberá recurrirse cuando la aplicación de las teorías clásicas traiga consecuencias manifiestamente disvaliosas. Esto es excepcional y debe tener en cuenta las circunstancias del caso, como el hecho de que la parte mejor situada para presentar la prueba suele ser capaz de tergiversarla o distorsionarla en su beneficio.

#### **5.4. Discusión de resultados –vinculación con los antecedentes**

Respecto a los antecedentes internacionales desarrollados por López (2021) encontró que adoptar la carga dinámica de la prueba era perjudicial para el desarrollo óptimo del proceso judicial en tanto que encontraron a nivel doctrinario resultados negativos, sin embargo el presente trabajo de investigación encuentra razones jurídicas, sociales y doctrinarias que avalan que la prueba sea ofrecida no por quien alega algo sino por quien tenga mejor acceso a ella, además que esto garantiza se conozca la verdad y la actuación pulcra de las partes procesales.

Al respecto, se ha tomado en consideración la presente investigación en primer lugar debido a que permite identificar que, para la aplicación de cualquier estrategia o método, siempre es necesario establecer preliminarmente los requisitos y formas, de tal forma que su ejecución garantice el éxito de lo planteado, además que cualquier cambio o reforma legal debe de prever cómo va a ser realizado y que resultados se buscan ya que la improvisación si bien puede dar buenos resultados también puede generar problemas y más aún cuando se trata de busca justicia.

Siendo esto así, los resultados que fueron hallados en dicha investigación sirvieron para demostrar que es fundamental prever todos los escenarios, así como de establecer los fundamentos jurídicos que se pretenden utilizar en la revisión de carga probatoria en casos de responsabilidad civil médica, esto refuerza la intención de la presente investigación, en razón que el presente estudio alcanza un proyecto de ley para modificar el Código Civil y que no se aplique solo por sentido común sino se establezca parámetros necesarios, ello para evitar los errores identificados en otras latitudes como muestra el antecedente en mención.

Por otro lado, si bien en el transcurso de análisis de los casos el antecedente encontró que se han lesionado algunos derechos no es en sí por la naturaleza de la carga dinámica de la prueba sino por motivos de mala aplicación en el campo jurídico, asimismo, el estudio en mención develó problemas en el manejo de documentos médicos, lo que en esencia no se relaciona con la esencia de la aplicación de la carga dinámica de la prueba sino del desconocimiento en el manejo de documentos en el ámbito médico, por lo que al establecerse una nueva forma de establecer la responsabilidad civil, se establecería otro orden en la medicina para que estos también sean más cuidadosos con sus procedimientos y técnicas, así como el registro de sus acciones.

Por ende, el hecho de haber tomado un antecedente que aparentemente desdice la intención o el objetivo de la presente investigación no se fundamenta en rebatir la presente propuesta sino en la oportunidad de identificar los errores y aplicarlo de manera óptima, en la medida que los resultados lesivos encontrados no se relacionan con su esencia sino con su aplicación, por lo mismo sigue validando la intención de este informe en la medida que se pretende establecer cánones de aplicación óptimos.

Mientras que Arias (2021) y Murcia (2021) demostraron que las variables de estudio implicadas sí tienen sustento jurídico para ser consideradas como una opción viable relacionándose directamente con la propuesta realizada en estas páginas.

Respecto a los antecedentes nacionales tanto Capcha (2021), Cordova (2020) y Castillo (2021) respaldan la consideración de la carga dinámica de la prueba en temas de responsabilidad civil y constituyen una base doctrinaria y evidencia de análisis jurisprudencial que muestran las

ventajas de admitir la carga dinámica de la prueba en estos procesos, siendo el respaldo idóneo para demostrar la hipótesis .

### **5.5. Prueba Hipótesis**

Si bien en el planteamiento de la presente investigación, así como en el proyecto correspondiente se ha establecido una hipótesis, es menester aclarar que, por la naturaleza de la investigación y el corte cualitativo de la misma, el planteamiento de la hipótesis fue en atención a establecer el objetivo que se deseaba alcanzar con la investigación y no así hipótesis estadísticas que deban desvirtuar o aseverarse mediante cálculos la validez del proceso de investigación.

Siendo esto así, se prescinde de la prueba hipótesis en la presente investigación, debido a la finalidad propositiva del trabajo de investigación y a la naturaleza cualitativa del análisis de las muestras, siendo que no se plantearon hipótesis como parámetros poblacionales sino como paradigmas de trabajo.

El trabajo de campo si bien permite establecer predicciones subjetivas al respecto de los resultados obtenidos durante la investigación, estos no han sido tomados como un promedio o desvío estándar (estimadores de generalización), por lo que la aplicación de la prueba hipótesis no será útil pues no es significativamente estadística, ni tendría probabilidad de ser exacta.

Además que mediante la vinculación con los antecedentes y análisis de cada uno de los objetivos en los acápites anteriores de manera pragmática queda demostrado la importancia de la propuesta .

## Conclusiones

**Primera.** – Los fundamentos jurídicos que sustentan la incorporación y reconocimiento de la carga dinámica de la prueba en procesos de responsabilidad civil médica se sustentan en el respeto por la búsqueda de aplicación de justicia basado en la verdad, amparados en los principios de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción, el de facilidad, del debido proceso y disponibilidad probatoria.

**Segunda.** - El desarrollo doctrinario de la carga de la prueba se ha orientado en principio a la teoría de la carga estática de la prueba, acogida en el artículo 196 de nuestro Código Procesal Civil, el mismo que ha orientado toda la actividad probatoria, bajo la premisa de que quien afirma los hechos debe de probarlos. La teoría de la carga estática de la prueba ha tenido una importante y duradera presencia a nivel procesal en el Perú específicamente para casos de responsabilidad civil médica; no obstante, ya se ha encontrado casuística dónde optan por la carga dinámica de la prueba tal como se aprecia en la tabla 7 que, si bien es aplicada de forma escasa en algunos tipos de procesos, ya se evidencian esporádicos casos de responsabilidad civil médica donde se ha aplicado con éxito su despliegue,

**Tercera.** - El contenido de la teoría de la carga dinámica de la prueba se orienta por el principio de solidaridad en el proceso, por el que los medios probatorios serán aportados al proceso por quien tenga mejor posibilidad para ofrecerlos; y ha merecido un tratamiento legislativo en la legislación procesal del trabajo y en contencioso administrativo, resultando idóneo para casos de responsabilidad civil médica donde el perjudicado no tiene acceso a medios probatorios idóneos para develar la verdad.

**Cuarta.** - En el proceso de responsabilidad civil médica, se aprecia dos escenarios, uno a nivel normativo, que la prueba para los casos de responsabilidad civil médica se mantiene sujeto al aporte probatorio de quien afirma los hechos; y a nivel jurisdiccional la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil médica ha merecido un tratamiento desde la perspectiva de la carga dinámica de la prueba, lo que se ve complementado con las entrevistas realizadas, donde el 75% de los profesionales entrevistados coinciden en que debe existir una regulación específica de la responsabilidad civil médica referida a la actividad probatoria; y en relación a los medios probatorios, de las entrevistas de desprender que la histórica clínica y la pericia vendría a ser los medios probatorias más relevantes para el proceso, por tal motivo amparado en factores sociales, jurídicos y de justicia social, es óptima su aplicación.

## **Recomendaciones**

**Primera.** – Al Estado, debe de análisis el costo social y jurídico de la carga probatoria en casos de responsabilidad civil médica y optar por el medio más idóneo para probar la verdad, siendo viable la consideración de la carga dinámica de la prueba.

**Segunda.** –. A los legisladores, para su regulación, se recomienda tener consideración que el contenido de la carga dinámica de la prueba encuentra sustento en el principio de solidaridad, y permite mejores condiciones procesales para que el Juez pueda conocer la verdad procesal y resolver brindando seguridad jurídica. Complementariamente se

**Tercera.** -Al poder Legislativo, tener presente el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la carga de la prueba y a nivel de legislación procesal comparada, en las que se aplica la teoría de la carga dinámica de la prueba, y procurar la modificación del artículo 196 del Código Procesal Civil, y se incorpore la carga dinámica de la prueba de manera excepcional para casos de responsabilidad civil médica

**Cuarta.** -Se recomienda que, en la legislación procesal civil, se superé la teoría de la carga estática de la prueba, porque refleja una legislación desfasada que no garantiza una tutela jurisdiccional adecuada.

## Referencias

- Aldea, P. (2023). La actividad probatoria dinámica en la teoría general de la prueba dentro del proceso civil peruano.  
[https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/20812/Aldea\\_sp.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/20812/Aldea_sp.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Arias, T. (2021). La carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica. La Construcción la Carga de la Prueba en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). In *Angewandte Chemie International Edition*, 6(11), 951–952.  
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22805/La%20carga%20din%C3%A1mica..pdf?sequence=1>
- Benfeld, J. (2020). A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de onus probandi. *Estudios de Derecho*, 77(170).  
<https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a02>
- Bobadilla, V. J. M., y Ramírez, L. S. (2015). *Aplicación de la teoría de la prueba en el Proceso Civil peruano*.  
[https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/download/5220/5070/](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/download/5220/5070/)
- Calabresi, G. (2016). *The future of law and economics* (Vol. 147, Issue March).
- Calvinho, G. (2017). La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental the processing load and the dynamism of the procedural standard. In *JURIS* (Vol. 34, Issue 2).  
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1079>

- Calvinho, G. (2020). A favor de la carga de la prueba. *Estudios de Derecho*, 77(170).  
<https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a07>
- Canelo, R., y Castillo, E. (2021). Inconvenientes de la introducción de las cargas probatorias dinámicas en el sistema procesal civil peruano. *Ius et Praxis*, 052.  
<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4975>
- Capcha, E. R. (2021). *Las cargas dinámicas probatorias en casos de responsabilidad civil por negligencia médica en el Perú*.
- Carhuatocto, H. O. (2010). *La Responsabilidad civil médica: El caso de las infecciones intrahospitalarias*.
- Carnelutti, F. (2017). Teoría General de la Prueba. *Teoria General De La Prueba*.
- Carrasco - Soulé, H. C. (2017). *Juicios en materia civil*.  
[https://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/resena\\_juicios-orales-en-materia-civil.pdf](https://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/resena_juicios-orales-en-materia-civil.pdf)
- Carrera-Pérez, G. E., y Montoya-Chacón, S. P. (2021). La historia clínica y la responsabilidad civil en el Ecuador. *CIENCIAMATRIA*, 7(3). <https://doi.org/10.35381/cm.v7i3.587>
- Castillo, E. E. (2021). carga dinámica de la prueba en el proceso civil. In *Universidad Nacional De San Agustín Arequipa*. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/4124>
- Cavani, R. (2021). La Prueba en el Proceso Civil. *Crisis de Estatidad y Violaciones a Derechos Humanos*.
- Código Procesal Civil. (1992). *Código Procesal Civil*. 27.

CONAMED. (2017). RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACTO MÉDICO. *CONAMED*.

Córdova, O. (2020). Carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica. *Revista Oficial Del Poder Judicial. Órgano de Investigación de La Corte Suprema de Justicia de La República Del Perú*, 10(12), 105–129. <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.26>

Corte Superior de Justicia de Lima. 7 mo Juzgado Civil, Sentencia de Exp. 1998-2005-0-1801-JR-CI-39, 26 de enero de 1999

Corte Superior de Justicia de San Martín, Sala Civil Descentralizada de Tarapoto, Sentencia del Exp. 00682-2013-0-2208-JR-CI-01, 06 de octubre del 2020

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente N° 2729-2007

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente N° 3795-2019

Corte Suprema de Justicia de la República, Décimo Pleno Casatorio Civil

De Angel Yaguez, R. Estudios de Responsabilidad Civil. Editorial Dykinson. 2001

De La Cruz, C. (2016). Metodología de la investigación tecnológica en ingeniería. *Ingenium*, 01(01). <https://doi.org/10.18259/ing.2016007>

Donaires, P. (2014). *Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. 1–26.

Echandía, D. H. (2016). Teoría General de la Prueba Judicial. In *Temis: Vol. Tomo I*. [https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421\\_ti.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421_ti.pdf)

Espinoza, J. (2002). *Derecha de la Responsabilidad Civil*. Primera Edición, Gaceta Jurídica

Sociedad Anónima.

Expediente 2595-2006/CPC, P. (2006). *Resolución 1343-2010/SC2-INDECOPI*.

Fernández, S. B. (2016). El Acto Médico: Error y la mal praxis. *Boletín CONAMED-OPS*.

Ferrer, J., Vázquez, M. del C. y Taruffo, M. (2018). Teoría de la Prueba. *Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*.

Ferrer, J., Vázquez Rojas, M. del C. y Taruffo, M. (2018). Teoría de la Prueba. In *Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*.

Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, 7(2), 137-164. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>

Gaceta Jurídica. (2015). *Responsabilidad Civil*.

Giraldo, L. F. (2021). El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana. *Revista de Derecho Privado*, 41. <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08>

Goldenberg (1988). La Unidad de los Regímenes de Responsabilidad Civil y la Relación Causal en el Proyecto de Unificación. *Revista Juridica Argentina La Ley*

Gonzales. (2021). La carga dinámica de la prueba. *Revista Brasileira de Delito Probatorio*, 29(116). <https://doi.org/10.52028/rbdpro.v9i116.210807ven>

- Gonzales, L. (2018). *Tesis: Estudio de la prueba prohibida y la prueba ilícita como regla de exclusión en el Código Procesal Penal de 2004*. 1–47.
- González, R. (2012). Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales. *Derecho & Sociedad*, (38), 281-296. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13127>
- Hart, H. L. A. (1982). *Derechos naturales : Bentham y John Stuart Mill (\*)*.
- Houed, M. (2020). La prueba. In *En torno al proceso*. <https://doi.org/10.2307/j.ctvwcjg5p.1>, R
- Cieza, J (2013) *Nuestra Jurisprudencia y la Responsabilidad Civil Médica en Diálogo con la Jurisprudencia N° 177*, Gaceta Juridica, Lima.
- Ledezma, M. (1999). La prueba de oficio en el sistema dispositivo. *Cv, I(loker)*, 28–30. [www.sss.com](http://www.sss.com)
- Leon, L. (2011). *La Responsabilidad Civil. Lineas fundamentales y nuevas perspectivas*, El Jurista Editores, Lima
- Llunch, A. (2009). *La Prueba Pericial*. <https://www.derechopenalenlared.com/libros/la-prueba-pericial.pdf>
- López, J. (2021). La carga de la prueba en procedimientos de cirugía plástica en Colombia. *Advocatus*, 26. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.26.925>
- Lorenzetti, R. (2005) *La Responsabilidad Civil de los Médicos*.
- Mendoza, L. (2021). Flexibilización de la carga de la prueba y el principio de colaboración procesal. *Revista de Derecho Procesal Del Trabajo*, 3(3).

<https://doi.org/10.47308/rdpt.v3i3.6>

Meroi, A. y Ramírez-Carvajal, D. (2020). La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas.

*Estudios de Derecho*, 77(170). <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a09>

Midon, M. (2012). *Manual Derrecho Procesal Civil y Comercial: Vol. XLVII* (pp. 313–319).

Ministerio de Justicia. (2020). Código Civil Peruano. *Lp Derecho*, 0.

Monjarás, A. J., Bazán, A. K., Pacheco- Martínez, Z. K., Rivera, J. A., Zamarripa, J. E., y

Cuevas, C. E. (2019). Diseños de Investigación. *Educación y Salud Boletín Científico*

*Instituto de Ciencias de La Salud Universidad Autónoma Del Estado de Hidalgo*, 8(15).

<https://doi.org/10.29057/icsa.v8i15.4908>

Morales, A. (1991) Hacia la Unificación de la Responsabilidad Civil Contractual y

Extracontractual. *Revista de Derecho a la Empresa*. Lima.

Morales, R. (2007). *Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud*

*por transfusión de sangre infectada*, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima.

Muñoz-Basols, J., y Gironzetti, E. (2018). Expresión oral. *The Routledge Handbook of Spanish*

*Language Teaching*, 5, 198–212. <https://doi.org/10.4324/9781315646169-15>

Murcia, A. C. (2021). La carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica.

La Construcción la Carga de la Prueba en el Código General del Proceso (Ley 1564 de

2012). In *Especialización en Derecho Procesal*.

Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E. y Villagómez, A. (2014). *Metodología de la investigación*

*cuantitativa, cualitativa y redacción de la tesis*.

- Nieva- Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*, 77(170). <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a05>
- Orrego, J. A. A. (2011). Teoría de la prueba. *Pj.Gob.Pe*.
- Ovalle, J. (2016). Teoría general del proceso. In *Teoría general del proceso*. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2kg14xh>
- Papayannis, D. M. (2021). Responsabilidad civil (concepto). *EUNOMÍA. Revista En Cultura de La Legalidad*, 21. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6350>
- Perales, J., Rios, C. N. de D. (2017). El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada. In *CNDH Mexico*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37807.pdf>
- Peyrano, J. (2010). Acerca de los “Ismos” en materia procesal civil. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 0(58), 23–27. [https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis\\_058.pdf](https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_058.pdf)
- Pons, M. (2011). La prueba: Un análisis racional y práctico. *La Prueba: Un Análisis Racional Y Práctico*, 1–26.
- Porfirio de Sá Lima, É. P. (2022). El acto jurídico médico: Los efectos jurídicos del acto médico con relación al acto de salud y al acto profesional. *IUS ET VERITAS*, 64. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.011>
- Posner, R. (2003). *Law pragmatism and democracy*. 1988, 451–456. [jstor.org/stable/j.ctv2d7x4rs](https://www.jstor.org/stable/j.ctv2d7x4rs)
- Priori, G., y Pérez, R. (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. *IUS ET VERITAS: Revista de La Asociación IUS ET VERITAS*, 22(45).

- Ramos, C. A. (2013). La Prueba en el Nuevo Código Procesal Civil. *La Revista de Derecho*, 31. <https://doi.org/10.5377/lrd.v31i0.1242>
- Resolución Ministerial N° 010-93-JUS. (2093). Código Procesal Civil Peruano (TUO). In *Sistema Peruano de Informacion Jurídica* (p. 17). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/Código-Procesal-Civil-3.2020-LP.pdf>
- Rodríguez, J. A. M., y Cabello, M. A. M. (2019). La carga de la prueba. In *La doctrina ante el delito de impago de pensión de alimentos*. <https://doi.org/10.2307/j.ctvrzgx0b.22>
- Román, L. (1995). La prueba en el proceso penal. *Aldaba*, 24, 47–80. <https://doi.org/10.5944/aldaba.24.1995.20334>
- Romero, J. E. (2014). *Apuntes sobre la mala praxis medica*. 135, 107–122.
- Romero, V. (2021). La carga dinámica de la prueba. Análisis desde el ámbito procesal civil paraguayo. *ScientiAmericana, Revista Multidisciplinaria*, 8(1). <https://doi.org/10.30545/scientiamericana.2021.ene-jun.5>
- Rubio, S. (2019). La prueba. *Recherches*, 22. <https://doi.org/10.4000/cher.1136>
- Sala Civil Permanente - Corte suprema de Justicia de la República, P. (2013). CASACION N°220-2013.
- Salazar-Vargas, C. (2021). La transformación del acto médico. *Acta Médica Costarricense*, 63(1). <https://doi.org/10.51481/amc.v63i1.1156>
- Salazar - Santafé, P. A. (2017). *La historia clínica en el proceso civil: Una crítica a su empleo como principal medio de prueba en los casos de responsabilidad médica*. 1–51.

- Sampieri, R. H., Collado, C. F., María, D., Lucio, B., Valencia, S. M., Paulina, C., y Torres, M. (2014). Metodología de la Investigación. *Mc Graw Hill*.
- Sandoval, H. M. (2018). La carga dinámica de la prueba. Entre el desafío y la realidad. *Revista Jurídica Piélagus*, 17(2). <https://doi.org/10.25054/16576799.1925>
- Santos-Ballesteros, I., Ortiz-Arciniegas, E., y Ruiz-Alarcón, R. (2016). Las cargas probatorias en la responsabilidad civil médica a partir de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. *DIXI*, 18(23). <https://doi.org/10.16925/di.v18i23.1291>
- Taboada, L. (2018). Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Resposanbilidad Civil Contractual y Extracontractual
- Taruffo, M. (2009). La Prueba: Artículos y Conferencias. *Metropolitana*, 310. <http://books.google.nl/books?id=KczMQwAACAAJ>
- Tribunal Constitucional, P. (2004a). Expediente 1385-2004. *Revista Jurídica de Catalunya*, 94(4), 1119–1134.
- Tribunal Constitucional, P. (2004b). *Expediente 1776-2004*.
- Varsi, E. (2004). *La responsabilidad civil médica*. 4–5.
- Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz*, 19(2).
- Yzquierdo, L. (2014). La carga probatoria dinámica, su necesidad de ser legislada en el proceso civil peruano. In *Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo*. [https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/5092/BC-3893 BANCES PISCOYA-ROJAS PUICON.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/5092/BC-3893_BANCES_PISCOYA-ROJAS_PUICON.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Woolcott, O. (2002). *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Prólogo de Carlos  
Fernandez Sessarego, ARA Editores, Lima.

## **ANEXOS**

## Matriz de consistencia

Problema General	Objetivo General	Hipótesis	Categorías	Metodología
<p>Problema general ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica?</p> <p>Problemas específicos</p> <p>a. ¿Cómo es el tratamiento de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica en la legislación peruana actual?</p> <p>b. ¿Cómo es el tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la teoría de la carga dinámica en los casos de responsabilidad civil médica en el Perú?</p>	<p><b>General</b> Identificar los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica.</p> <p><b>Específicos</b></p> <p>a. Describir el tratamiento de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica en la legislación peruana actual.</p> <p>b. Describir el tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil médica en el Perú.</p>	<p>Los fundamentos jurídicos por los que se debería aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad civil médica son, el desarrollo de un debido proceso, el esclarecimiento de los hechos y una tutela jurisdiccional adecuada; que encuentra respaldo en el derecho comparado, donde se encuentra regulada.</p>	<p>Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba</p> <p>Responsabilidad Civil Médica</p>	<p>Enfoque de Investigación: Cualitativo. Porque la investigación se orienta a la recolección de datos de orden teórico doctrinario, de documentos y legislación, así como de información subjetiva de especialistas en relación a la carga de la prueba, y no a la obtención de datos de carácter numérico.</p> <p>Tipo de Investigación: Jurídico Propositiva. Porque se realiza una investigación de instituciones jurídica, como es el caso de la carga de la prueba y la responsabilidad civil; y se orienta a elaborar una propuesta legislativa.</p> <p>Nivel de Investigación: Básica. En tanto la investigación se orienta a contribuir con el desarrollo teórico procesal de la responsabilidad civil médica en el Perú.</p>

<p>c. ¿Qué factores determinan la necesidad de la incorporación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica?</p>	<p>c. Identificar qué factores determinan la necesidad de la incorporación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.</p>			<p>Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Análisis bibliográfico, de legislación, de sentencias y documental.</li> <li>-Entrevistas, a los profesionales del Derecho y médicos.</li> </ul> <p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Fichas de análisis (documentos, legislación y sentencias)</li> <li>-Cuestionario de preguntas.</li> </ul>
--	---	--	--	--

**PROYECTO DE LEY NRO.**

**Ley que agrega al artículo 194 del Código Procesal Civil el literal A, que incorpora el dinamismo probatorio de manera excepcional para casos de responsabilidad civil médica.**

La suscrita Karina Rojas Sullca, con el acuerdo aprobatorio de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, en el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa reconocido en el Art. 107 de la Constitución Política del Estado, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

**LEY QUE AGREGA AL ARTICULO 194 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL EL LITERAL A, QUE INCORPORA EL DINAMISMO PROBATORIO DE MANERA EXCEPCIONAL PARA CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.**

**Artículo 1. Objeto de la ley**

La presente Ley tiene por objetivo agregar el literal A al 194 del Código Procesal Civil, incorporando el dinamismo probatorio de manera excepcional para casos de responsabilidad civil médica.

**Artículo 2.****Dice:**

Artículo 194-A. Si las circunstancias excepcionales del caso lo justifican, el Juez, en resolución debidamente motivada, puede distribuir la carga de la prueba, considerando a las partes que se encuentren en mejor situación para aportarla.

**Exposición de Motivos****Análisis de la constitucionalidad y legalidad de la propuesta**

La incorporación del dinamismo probatorio de manera excepcional en el literal A del artículo 194 del Código Procesal Civil, no trasgrede ningún principio previsto en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico peruano.

### **Descripción del problema**

La actividad médica es de suma importancia por contribuir en el cuidado de la salud y bienestar de las personas -pacientes-, este servicio es brindado de forma pública por el Estado de forma directa mediante los hospitales y centros de salud y mediante ESSALUD para personas aseguradas, o de forma privada por diferentes clínicas de salud; vinculadas a éste sector se encuentran las compañías aseguradoras, que entre sus servicios brindan múltiples seguros médicos y de salud.

La vinculación entre el paciente y el médico, centro de salud, clínica, hospital u otro centro análogo en el ámbito público y privado, se genera de forma verbal o escrita, la misma que se da en un escenario contractual, por ende, la responsabilidad que, de dicha relación jurídica generada, será una de Responsabilidad Contractual.

El Código Civil peruano, establece en el artículo 1152 que: “En los casos previstos en los Artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda”. Por su parte, el artículo 1969, señala: “Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

En el escenario procesal, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos, de manera que, en la responsabilidad civil contractual la carga corresponde a quien afirma los hechos, esto

es al demandante, es decir, en el tema en estudio sería “el paciente”, quien debiera probar la responsabilidad civil médica.

En los procesos de responsabilidad civil por mala praxis médica, definida como: “Aquella conducta que genera un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia, negligencia o por no cumplimiento de las normas jurídicas respectivas o por falta a los deberes profesionales” (Romero Pérez, 2014), la parte que demanda la indemnización por responsabilidad civil contractual se encuentre en una posición de desventaja frente a la del Médico, Clínica, Hospital o Centro de Salud, que realizó la praxis médica, debido a: 1) Las dificultades administrativas para acceder a la historia clínica (sobre todo cuando quien demanda es un pariente del paciente fallecido). 2) La Clínica, hospital o centro de salud es quien tiene a disposición el material probatorio pertinente, entre los que se encuentran la histórica clínica y demás medios probatorios vinculados al paciente, y 3) Contratar a un perito médico.

Lo expuesto, genera que los procesos sobre la mala praxis médica encuentren dificultad probatoria por quien afirma los hechos (demandante), generando un estado de indefensión en ciertos casos.

En atención a principios como: El debido proceso, acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, la doctrina procesal ha desarrollado la teoría de la carga dinámica de la prueba, la que se orienta por, la flexibilización de la carga de la prueba, la cual afirma **que en determinados casos en los que al aplicar la clásica regla de la carga probatoria conllevarían a una situación de imposibilidad probatoria y, por ende, a no lograr obtener la verdad de los hechos ocurridos en una etapa pre procesal, por lo que se hace recaer la carga a quien, por una**

**especial circunstancia u otras razones, se encuentre en mejores condiciones para producirla**

Se tiene importantes avances como los pronunciados por la Corte Suprema de la República, así, la (Casación N° 4445-2011-Arequipa), y Resolución N° 1343-2010/SC2- INDECOPI del expediente N° 2595-2006/CPC, y legislación procesal civil comparada que regula la carga dinámica de la prueba, se propone modificar el artículo 196 de Código Procesal Civil y recoger la teoría de la carga dinámica de la prueba, a fin de garantizar un proceso en igualdad de armas y porque en este escenario es el demandado quien se encuentra en mejor posición para ofrecer los medios probatorios, y de manera adicional crear un seguro médico ante los daños ocasionados por negligencia médica.

### **Exposición de la propuesta**

La propuesta se orienta a garantizar un proceso en igualdad de armas en el proceso dejando la carga de la prueba en cabeza de la parte en mejor posición para ofrecer los medios probatorios.

### **Análisis costo beneficio**

La aplicación de la regulación del artículo 196 de Código Procesal Civil, no genera gasto adicional en el presupuesto del sector público, porque las modificaciones presupuestarias a nivel de funcionamiento y en el nivel institucional, se realizará con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Justicia.

### **Análisis económico del derecho**

El análisis económico del derecho permite considerar las leyes como incentivos para el cambio del comportamiento de los individuos y como instrumento para el logro de los objetivos de las

políticas públicas (eficiencia y distribución) Es así que esta propuesta legislativa permitirá que a nivel procesal los casos de responsabilidad civil medica sean más céleres y eficaces; de la misma manera incentivará a que los profesionales médicos actúen con mayor diligencia y finalmente logrará que los pacientes o familiares de pacientes que hayan sido víctimas de malas prácticas médicas puedan ver el resarcimiento al daño en menor tiempo posible, y no estar inmersos en procesos judiciales largos y dilatorios.