

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno**

**TITULO: LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS  
DINÁMICAS PARA CASOS MÉDICOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL  
CONSUMIDOR**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho  
Público y Buen Gobierno**

Autor: Bresia Rosalid Terrazas Cosio

Asesor: César Augusto Higa Silva

Código de alumno: 20093236

2017

## RESUMEN

La teoría de la carga probatoria dinámica, jurisprudencialmente reconocida y aplicada en el Perú -especialmente en casos médicos en materia de Protección al Consumidor- fue utilizada discrecionalmente a criterio de los Colegiados del INDECOPI y, respecto a su momento de aplicación, recién planteada en las resoluciones finales de las denuncias presentadas por los consumidores.

Al respecto, en el presente trabajo se propone la fijación de ciertos requisitos mínimos que permitirían un mejor entendimiento y aplicación de la teoría en mención en nuestro país, valiéndose de la doctrina *res ipsa loquitur*. Asimismo, se plantea que el juzgador ponga en conocimiento de las partes la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica antes de la emisión de la resolución final, con el fin de no vulnerar el derecho de defensa de las mismas y para salvaguardar el principio de seguridad jurídica reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.



## 1.1. LA CARGA PROBATORIA

### 1.1.1. Concepto e implicancias

En palabras de Devis Echandía, la carga de la prueba tiene dos dimensiones:

- i. Como instrumento de decisión/ regla de juicio para el juez, en la cual este último puede fallar sobre el fondo sin inhibirse, según las reglas del “*non liquet*”, cuando los hechos no estén plenamente demostrados.
- ii. Como un instrumento orientador o como una regla de conducta para las partes. Sin embargo, no se obliga a dichas partes a probar los hechos, sino que, por el contrario, se les precisa cuáles de dichos hechos tendrían que probar para asegurar una decisión favorable a sus intereses, dejando a las partes; sin embargo, en la libertad de no presentar dicha prueba. La carga de la prueba también sirve como norma de distribución del riesgo ante una falta de prueba entre las partes. (Devis 1984:196-199)

Ahora bien, autores como Devis Echandía, Gian Antonio Micheli y Leo Rosenberg consideran que la carga de probar es una facultad de las partes para poder obrar con libertad, en beneficio propio y sin que exista derecho a exigir su observancia. En ese sentido, la carga de la prueba precisa cuál de las partes tiene el interés jurídico en que un determinado hecho resulte probado, siendo la consecuencia el hecho que el interesado evite –si desea- la consecuencia desfavorable por falta de prueba (Pérez 2013: 49).

En esa misma línea, Montero Aroca, conjuntamente con otros reconocidos abogados procesalistas<sup>1</sup>, son de la opinión de que “(...) *la doctrina del onus probandi tiene como función principal señalar las consecuencias de la falta de prueba*” (Montero 1998: 57-68). De esa forma, las reglas de la carga de la prueba no determinan anticipadamente a cuál de las partes corresponde probar los hechos, como podría

<sup>1</sup> Nos referimos a Rosenberg y Carnelutti.

entenderse en sentido formal; sino que, por el contrario, estas reglas fijan las consecuencias de la insuficiencia o falta de prueba de un hecho.

**1.1.2. ¿Para qué sirve la carga de la prueba en el proceso? ¿Cuáles son los argumentos utilizados para asignar a una de las partes la carga de la prueba sobre un determinado hecho?**

En palabras de Carlos Pérez, “*la carga de la prueba es necesaria para una eficiente administración de justicia*”; descartando para el Estado la posibilidad de que se dicte una sentencia inhibitoria, brindando seguridad jurídica y permitiendo una administración de justicia más eficaz. (Pérez 2013: 51).

Ahora bien, Devis Echandía ha precisado ocho reglas que contienen argumentos para la asignación de la carga de la prueba a las partes. A continuación los comentaremos brevemente:

- i) **La carga de la prueba recae sobre el actor, pero recae sobre el demandado cuando plantea alguna excepción.** De acuerdo con esta regla, cada parte debe probar los hechos que alegan en sus pretensiones. Las máximas (de origen romano) que fundamentan esta regla son las siguientes:
- La carga de la prueba recae sobre el actor;
  - La necesidad de probar concierne al demandante;
  - Si el actor no prueba su demanda, el demandado debe ser absuelto; y,
  - Si el demandado plantea una excepción, se convierte en demandante.

Sin embargo, la objeción de esta teoría es que no puede determinarse a qué parte corresponde la carga de la prueba en razón de la condición de demandante o demandado, en tanto durante el proceso dicha carga suele cambiar de titular frecuentemente. Asimismo, porque existen presunciones legales que no requieren ser probadas.

ii) **La carga de la prueba recae sobre quien afirma y exime a quien niega.**

Según esta teoría, para determinar a cuál de las partes corresponde probar, dependerá de si los hechos alegados son afirmativos o negativos. Los fundamentos de esta teoría son los siguientes:

- La carga de la prueba recae sobre quien afirma y exime a quien niega; y,
- Los hechos negativos no se prueban.

Se critica a esta teoría el hecho de que muchas veces la redacción puede convertir los hechos negativos en positivos y el que no siempre que se afirme un hecho, se debe probar (por las presunciones legales, hechos notorios o indefinidos). Del mismo modo, muchas negaciones pueden probarse, por lo que esta tesis es catalogada por sus opositores como inexacta.

iii) **El demandante debe probar los hechos en los que basa sus pretensiones y el demandado los que fundamentan sus excepciones.** Esta tesis es similar a la primera teoría. Por tanto, son aplicables las mismas objeciones.

iv) **La carga de la prueba recae sobre el actor que alega el hecho anormal, porque el hecho normal se presume.** Cabe precisar que el hecho normal es aquel que se lleva a cabo dentro de un contexto de respeto y cumplimiento de la ley.

La principal crítica a esta teoría es que depende del criterio subjetivo de los juzgadores y/o de las partes en un determinado momento, en tanto el legislador no puede prever reglas para todos los casos. Por tanto, Devis Echandía concluye que esta tesis no debe ser tomada en cuenta como regla general de la carga de la prueba.

v) **La carga de la prueba recae en la parte que pretende innovar.** Se trata de una tesis similar a la inmediatamente anterior, bajo el supuesto que por

innovación se entiende a todo aquello que modifica la realidad. Por tanto, también le son aplicables las mismas críticas.

- vi) **La asignación de la carga de la prueba dependerá de la naturaleza de los hechos.** Según esta teoría, corresponderá al demandante probar los hechos constitutivos y al demandado los extintivos o impeditivos; es decir, la carga de la prueba se asignará dependiendo de la naturaleza de los hechos.

No obstante lo anterior, Devis Echandía considera que si bien la situación descrita anteriormente es común, no se presenta en todos los casos. Asimismo, precisa que las categorías de hechos antes descritas no son estables.

- vii) **Las partes deben probar los supuestos de hecho de las normas jurídicas que les son favorables.** Según esta teoría, la carga de la prueba recae sobre el actor que resulte favorecido con el efecto jurídico de la norma, con la excepción de que exista confesión o que no necesite ser probado, por ser un hecho indefinido o notorio. En ese sentido, esta tesis también toma en cuenta la clasificación de los hechos (constitutivos, extintivos, impeditivos), con la diferencia que ya no se remite a hechos, sino a normas.

Por ello, a esta teoría se le critica el hecho de que la clasificación no es clara al momento de distribuir la carga de la prueba. Adicionalmente, para Devis Echandía, lo que podría ser clasificado en los criterios debería ser el efecto jurídico y no la norma.

- viii) **La carga de la prueba se distribuirá dependiendo de la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido.** Según lo señalado por esta teoría, la distribución de la carga de la prueba dependerá de la posición ocupada por las partes, con relación al efecto jurídico solicitado; siendo que esta relación está determinada por el derecho sustancial.

Como puede apreciarse, estas distintas teorías, aunque no todas vigentes actualmente, son un claro ejemplo de cómo se han intentado establecer reglas generales para distribuir la carga de la prueba desde épocas de Justiniano y la razón de ser o la justificación de cada una de ellas. Así, dependiendo del ordenamiento jurídico, algunas teorías tendrán más aceptación que otras.

### **1.1.3. ¿Cómo opera la carga de la prueba en Perú en casos médicos de Protección al Consumidor?**

Nuestro ordenamiento jurídico ha acogido la primera y tercera teoría esbozadas en el anterior acápite: *“La carga de la prueba recae sobre el actor, pero recae sobre el demandado cuando plantea alguna excepción”* y *“El demandante debe probar los hechos en los que basa sus pretensiones y el demandado los que fundamentan sus excepciones”*, respectivamente. Este es el sentido del artículo 196° del Código Procesal Civil que expresamente señala lo siguiente:

*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.*

Sin perjuicio de ello, también puede apreciarse que algunas teorías antes expuestas también han sido acogidas en algunas presunciones legales que modifican la distribución de la carga de la prueba en casos concretos<sup>2</sup>.

En efecto, por regla general, en el Perú el riesgo procesal de que los hechos que configuran una pretensión no resulten probados o que la prueba presentada sea insuficiente lo soporta la parte demandante o, de existir reconvencción o alegación de

<sup>2</sup> Nos referimos a los artículos 1229°, 1329° y 1969° del Código Civil.

nuevos hechos, la parte demandada<sup>3</sup>; corroborando la teoría de que las reglas de distribución de carga de la prueba no señalan quién debe presentar la prueba, sino quién asume el riesgo de que la misma no se produzca (Peyrano: 2008, 335).

Ahora bien, la carga de la prueba en procedimientos de Protección al Consumidor, al igual que en procesos civiles, recae sobre la parte que alega un hecho. Al respecto, reiterada jurisprudencia del Tribunal del Indecopi<sup>4</sup> ha instaurado la regla de la carga de la prueba, según la cual se requiere de dos etapas de análisis al momento de verificar una posible infracción a las normas de Protección al Consumidor:

- i. Etapa 1 - acreditación del defecto:** el consumidor debe acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio materia de la relación de consumo entablada; y,
- ii. Etapa 2 - atribución del defecto:** se invierte la carga de la prueba una vez acreditado el defecto. De tal forma, corresponde al proveedor demostrar que el referido defecto no le es imputable.

Por tanto, por regla general, el presupuesto necesario para que la Autoridad del Consumo pueda analizar la presunta comisión de infracciones por parte de un denunciado es que el denunciante primero demuestre el defecto que contraviene el Código de Protección y Defensa del Consumidor, para luego imputar al denunciado la responsabilidad debidamente acreditada, y que este último pueda, a su vez, demostrar que el defecto no le es imputable.

Cabe precisar que la lógica de esta regla es que usualmente es el consumidor denunciante quien se encuentra en capacidad de probar la existencia del defecto alegado, debido a que está en posesión del bien o ha gozado del servicio prestado por el proveedor denunciado. Por su parte, el proveedor tiene información sobre el

---

<sup>3</sup> Esto debido a que el juzgador no tendrá elementos de juicio dentro del proceso (o dentro del procedimiento) para determinar si lo alegado por el demandante (o denunciante), es verdad o no. De esa forma, aun cuando esta parte tenga realmente el derecho, no podrá acceder a sus pretensiones.

<sup>4</sup> Véanse las siguientes Resoluciones: Resolución 3224-2013/SPC-INDECOPI y Resolución 813-2014/SPC-INDECOPI.

proceso productivo o sobre el servicio prestado –al ser un especialista- y, por tanto, es el indicado para probar que el defecto no le es imputable. Esto ha sido reconocido por el Indecopi en la Resolución N° 369-2008/TDC-INDECOPI del Expediente N° 0639-2007/CPC:

*“Dentro de estos alcances, el consumidor tiene la carga de probar la existencia del defecto alegado en el bien o servicio y, una vez acreditado ello, se invierte la carga probatoria sobre el proveedor, quien debe acreditar que no es responsable por el referido defecto.*

*Este criterio se sustenta en que el consumidor, quien está en posesión del bien o ha gozado del servicio prestado por el proveedor, quien puede probar la existencia del defecto alegado en el bien o servicio. Sin embargo, es el **proveedor, quien cuenta con información sobre el proceso productivo, quien puede acreditar que el defecto no se debe a problemas en los procesos de fabricación, distribución o comercialización del bien o servicio**”. (Énfasis agregado)*

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que si bien la regla es que el consumidor (que tiene el producto o a quien se le brindó del servicio) es el encargado de probar la existencia del defecto alegado del bien o del servicio, para que posteriormente el proveedor pueda demostrar que no es responsable por el referido defecto; existen excepciones a dicha regla, especialmente en casos médicos, en los cuales el Indecopi ha estado aplicando la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

A pesar de ello, en ocasiones la regla de la carga de la prueba ha sido aplicada a rajatabla incluso en casos médicos en materia de Protección al Consumidor, como por ejemplo en la Resolución N° 1409-2009/SC2-INDECOPI del Expediente N° 1471-2008/CPC, en la cual la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Indecopi declaró infundada la denuncia presentada por considerar que los medios probatorios presentados por el denunciante no causaron convicción sobre la ocurrencia de los hechos denunciados.

## 1.2. La teoría de las cargas probatorias dinámicas en Perú

### 1.2.1. Base legal, concepto e implicancias

En el primer acápite hemos desarrollado el concepto y la razón de ser de la carga de la prueba. Al respecto, es necesario precisar que en los últimos tiempos se ha repensado y flexibilizado dicha regla, considerando que es necesario realizar un análisis de cuál de las partes tiene mayores posibilidades de producir la prueba, alejándonos así de la determinación de la carga de la prueba sobre la base de elementos objetivos previamente establecidos.

En palabras de Jorge Peyrano, el impulsor de la presente teoría: “(...) *más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos, la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla*”. Asimismo, el mencionado autor precisa que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no pretende desconocer las clásicas reglas de distribución de la carga de la prueba; sino que, por el contrario, intenta perfeccionarlas y complementarlas, flexibilizando la carga rígida en aquellos casos en los que la parte a la que le correspondería probar -según las reglas tradicionales- esté imposibilitada de hacerlo por causas ajenas a su voluntad (Peyrano 2008: 638).

De esa forma, el principio *favor probationis* y, en específico, la teoría de las cargas probatorias dinámicas –que es una variante del principio antes mencionado– precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones para soportarla (Falcón 2003: 278-279) .

En el caso peruano, la teoría de las cargas probatorias dinámicas o *favor probationis* ya ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 26 de enero de 2007, recaída en el Expediente 01776-2007-AA/TC, conforme puede apreciarse:

“c. *La utilización de la prueba dinámica*

*Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos 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 probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.” (Énfasis agregado)*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el considerando séptimo de la Sentencia casatoria N° 5247-2008-Cajamarca, precisó lo siguiente:

*“En este orden de ideas, habiendo la parte demandada –cónyuge- señalado al contestar la demanda, que no existe prueba que el mutuo adquirido por su cónyuge hubiera o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal conformada con Enrique López Ramos, correspondía a dicha parte la carga de la prueba, pues de acuerdo con la teoría dinámica de la prueba, estaba en mejores aptitudes de tenerlas, pues sólo a ella, correspondía acreditarlos en el proceso o por lo menos acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar su dicho (...).” (Énfasis agregado)*

Del mismo modo, la teoría de las cargas probatorias dinámicas fue aplicada por la entonces Sala de Procesos Abreviados y De Conocimiento de la Corte Superior de Lima, en una sentencia emitida el 20 de mayo de 1999 resolviendo un proceso en Segunda Instancia sobre Nulidad de Compraventa por Simulación de Contrato. Así, en el Quinto Considerando de la referida sentencia se dispuso lo siguiente:

***“La controversia no debe resolverse bajo el esquema que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio mecanismo; sino que en materia de simulación, la doctrina reconoce la llamada carga probatoria dinámica, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas, esto es, situaciones de expectativa, esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según la cual, la carga probatoria se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla.”*** (Énfasis agregado)

Finalmente, la Autoridad del Consumo también ha aplicado la teoría de las cargas probatorias dinámicas en casos médicos de Protección al Consumidor. Al respecto, en la Resolución N° 1343-2010/SC2-INDECOPI del Expediente N° 2595-2006/CPC, el Indecopi reconoció necesaria la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, conforme puede apreciarse:

***“37. 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. Por el contrario, el único sujeto de la relación de consumo que se encontraba en la posibilidad de incorporar al expediente material probatorio (...) era la Clínica Oftálmica (...)”*** (Énfasis agregado)

Como puede apreciarse, en el ordenamiento jurídico peruano, si bien la teoría de las cargas probatorias dinámicas no ha sido recogida por ninguna norma, sí ha sido reconocida 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 y por el Indecopi, en casos médicos de Protección al Consumidor.

Las sentencias citadas anteriormente reconocen que la regla de la carga probatoria no es estática e inflexible, sino que, por el contrario, la misma debe ser analizada en el caso concreto, debiendo ser trasladada a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales y/o fácticas para producirla, esto en concordancia con los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria.

### **1.2.2. ¿Cuáles son los requisitos para su aplicación, según la jurisprudencia emitida por el Indecopi?**

Revisando diversas resoluciones emitidas por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 y por la Sala de Protección al Consumidor, no hemos encontrado requisitos preestablecidos para aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas en casos médicos. En otras palabras, si bien últimamente el Indecopi ha generalizado la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para casos médicos, la pertinencia de la aplicación de dicha teoría se realiza en la resolución final, evaluando la situación en concreto, a discreción de los Colegiados. A continuación citamos un fragmento de la Resolución N° 1343-2010/SC2-INDECOPI del Expediente N° 2595-2006/CPC, donde se aprecia el análisis y las razones que esboza la Sala de Protección al Consumidor al momento de aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el caso concreto:

*“37. 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. 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.” (Énfasis agregado)*

La discreción de los Colegiados del Indecopi a la que hicimos alusión en el anterior párrafo se evidencia, por ejemplo, en la Resolución N° 1177-2013/SPC-INDECOPI del Expediente N° 081-2011/CPC-INDECOPI-CUS, donde la Sala de Protección al Consumidor decidió no aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el caso concreto, alegando que en el mismo la denunciante sí estaba en posibilidades de aportar las pruebas necesarias para sustentar su denuncia:

*“Cabe destacar que la naturaleza de los hechos involucrados en el presente caso -relacionado con cuestiones estéticas- hacía factible que la consumidora pueda aportar medios probatorios adecuados para fundar la responsabilidad del denunciado. Distinto, por ejemplo, sería el caso de una intervención quirúrgica de alto riesgo que implique la resolución de problemas técnicos de especial dificultad para la ciencia médica, en el que la asimetría informativa entre el proveedor dotado de conocimientos técnicos especializados y el consumidor no instruido en estas materias se torne más profunda y evidente. En dicha hipótesis, resultaría pertinente evaluar la aplicación de la doctrina de la carga probatoria dinámica, por ser la prueba del defecto denunciado demasiado onerosa, cuando no imposible, para el consumidor.” (Énfasis agregado)*

Como puede apreciarse, si bien el Indecopi se valió de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al momento de resolver algunos casos en materia de salud, no ha delimitado los requisitos mínimos para su determinar en qué casos se aplica dicha teoría, sino que; por el contrario, analiza el caso en concreto, cuando sus Colegiados consideran que la parte denunciada es la única que se encuentra en posibilidad de probar los hechos denunciados, entre otras razones, porque para el consumidor, producir la prueba resulta muy caro.

### 1.3. ¿Cuál debería ser el estándar de prueba en casos sancionadores médicos en Perú? La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas

#### 1.3.1. Importancia de esta teoría para casos médicos

Conforme se explicó en el acápite anterior, muchas veces puede resultar complicado y hasta imposible para el actor obtener y presentar una determinada prueba, generando así la posibilidad de generar su indefensión, en tanto se impide a dicha parte acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 763-2005-PA/TC como un derecho constitucional de naturaleza procesal, en virtud del cual “(...) *toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio (...)*”.

La situación antes descrita es usual en actividades técnicas y profesionales; y, especialmente cuando se trata de casos médicos y sanitarios. En estos casos se evidencia asimetría entre las partes (en perjuicio del paciente) respecto de la posibilidad de acceder y/o generar diversos medios de prueba, hecho que también impide que el actor acceda a la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, autores como Elizari señalan que es difícil y a veces hasta imposible para el paciente probar que el médico o centro médico no actuó conforme a la *lex artis*, debido a que necesitaría entender con exactitud qué ocurrió -para ello necesita acceder a diversos informes, resultados de pruebas, historia clínica, testigos, entre otra información a la que muchas veces no tiene acceso- y; posteriormente, es imprescindible interpretar lo que ocurrió y demostrar que el médico no actuó de acuerdo a la *lex artis* -para ello, se requiere de conocimientos científicos con los que cuenta el médico, mas no el paciente. (Elizari 2012: 60)

Incluso autores como María Guerra han reconocido que, al ser evidente la situación de asimetría en la que se encuentra el paciente, existe también un potencial peligro de

manipulación y/o destrucción de medios probatorios entre el requerimiento del juzgador hasta el real cumplimiento de dicho mandato. (Guerra 2010: 140).

En el contexto antes descrito, la teoría de la carga dinámica de la prueba cobra especial relevancia, en tanto, contrariamente a la regla de carga de la prueba estática (reconocida en el artículo 196° del Código Procesal Civil peruano), reconoce la asimetría existente entre pacientes y médicos (o centros médicos) y plantea una flexibilización de la misma en pro del paciente.

En ese sentido, al reconocer la realidad existente en casos médicos, esta teoría aboga por flexibilizar la carga de la prueba tradicional y estática con el fin de que las partes cuenten con igualdad de armas (*equality of arms*), y así evitar que el resultado final del procedimiento esté condicionado por factores externos (como la mayor disponibilidad o facilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes). De esa forma, se posibilita el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del paciente.

### **1.3.2. ¿En qué etapa del proceso o procedimiento se determina la aplicación de esta teoría?**

La jurisprudencia peruana ha desarrollado la necesidad o la pertinencia de aplicar la teoría de la carga probatoria dinámica ya en la sentencia o en la resolución final del caso; es decir, en la etapa final o decisoria del proceso o procedimiento (y, en muchos casos, en última instancia administrativa, dejando a la parte perjudicada con la única posibilidad de acudir a un Proceso Contencioso Administrativo).

Al respecto, autores como Peyrano y Sprovieri son de la opinión de que el aviso o anuncio del juez a las partes -con anterioridad a la sentencia- resulta peligroso, impracticable e innecesario, por el avance y reconocimiento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el mundo y especialmente para casos médicos, que es en los que más frecuentemente se aplica (Sprovieri: 1998).

Sin perjuicio de la opinión de Peyrano, Sprovieri y de la práctica jurisprudencial peruana, somos de la opinión de que, si bien es cierto que actualmente es común y conocida la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas -especialmente en casos médicos- sería conveniente anticipar sobre esta variación de los criterios clásicos de distribución de la carga de la prueba a las partes, con el fin de no vulnerar el derecho de defensa de las mismas.

En esa línea, autores como Roberto Berizonce y Ronald Arazi son de la opinión de que, en caso el juzgador decida distribuir de manera flexible o diferente la carga de la prueba (según el caso concreto), sería necesario que se avise sobre dicha decisión a las partes anticipadamente, con el fin de que no se viole el derecho de defensa de las mismas y de salvaguardar la garantía del contradictorio, evitando así una determinación de la aplicación ex post -en la sentencia- de dicha teoría; y, por otro lado, otorgando a ambas partes la posibilidad de ser oídas y de argumentar sobre la pertinencia -o no- de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en un determinado caso. (Arazi: 2005).

En esa misma línea, Eduardo Oteiza precisa que “(...) *el juez debe anticipar criterios que le permitan a las partes orientarse sobre la significación de aportar elementos convictivos con respecto a determinados hechos*” (Oteiza: 2003). Esto con el fin de reforzar la seguridad jurídica y fortalecer el principio de defensa que tienen las partes.

En consecuencia, si bien es cierto que existen opiniones diversas y argumentos a favor y en contra de que se determine la aplicación de esta teoría recién en la resolución final o en la sentencia, consideramos conveniente que se anticipe la aplicación de dicho criterio a las partes, para no vulnerar su derecho de defensa y salvaguardar el principio de seguridad jurídica reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

### **1.3.3. Evaluando los requisitos para su aplicación: ¿Son adecuados y suficientes?: Nuestra propuesta**

Conforme explicamos en el acápite 1.2, si bien el Indecopi ha reconocido la vigencia de la teoría de las cargas probatorias dinámicas y la ha aplicado en la mayoría de casos médicos en materia de Protección al Consumidor, no ha preestablecido requisitos que ayuden a determinar en qué supuestos se podría aplicar dicha teoría, quedando entonces el uso de la misma a discreción de los juzgadores.

Al respecto, somos de la opinión de que sería recomendable que se establezcan requisitos mínimos para poder aplicar la teoría de la carga probatoria dinámica. Teniendo en cuenta dichos requisitos, en concordancia con el principio de seguridad jurídica, tanto el juzgador como las partes de un procedimiento administrativo en materia de salud podrían determinar la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas (en el caso del juzgador) o solicitar que se aplique o que deje de aplicarse dicha teoría (en el caso de las partes).

Ante dicha situación, nos acogemos a la postura de Alfredo Bullard, quien considera que la doctrina *res ipsa loquitur* en el Perú permitiría el entendimiento y la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, añadiendo que la aplicación del *res ipsa loquitur* nos permitiría tener criterios de decisión útiles y a costos razonables, especialmente en países –como el Perú- en los que probar resulta caro. (Bullard 2005: 231)

Al respecto, la doctrina *res ipsa loquitur* o “las cosas hablan por sí mismas” es aplicada en los casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño; pero que debido a las circunstancias en las cuales se produce, se puede inferir que el mismo fue producto de la negligencia o acción de la parte que está en control de la actividad (Bullard 2005: 218).

En adición, la doctrina precisa que se debe hacer recaer la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla” (Mosset: 2004, 219). En esa misma línea, Bullard es de la opinión de que el concepto central de esta doctrina es

que “*quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó*”. (Bullard: 2005, 219).

De esa manera, antes que un principio de responsabilidad civil, esta doctrina sería un principio operativo probatorio que permite al juzgador inferir negligencia, en ausencia de pruebas directas y en estricto cumplimiento de los siguientes requisitos<sup>5</sup>:

- 1) **El accidente sea de aquel tipo de los que originalmente no ocurren ante la ausencia de negligencia de alguien:** en contraposición, esta doctrina no es aplicable cuando el accidente pudo haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas, incluso si todas las personas involucradas actuaron con diligencia.
- 2) **El accidente debe haber estado en la esfera de control del demandado:** implica que el control sobre la situación sea tal que las probabilidades de que el acto haya sido producido por terceras personas son remotas y, por ello, se infiere la negligencia del demandado ante la ausencia de pruebas.
- 3) **Causas diferentes a la posible negligencia del demandado han sido suficientemente eliminadas:** de tal forma de que el juzgador puede concluir razonablemente que la negligencia es más probablemente que no, del demandado. Asimismo, debe descartarse la existencia de negligencia por el propio demandante.

Ahora bien, dado que la postulación de esta doctrina proviene de jurisprudencia comparada, queda la duda de si es posible aplicar la doctrina *res ipsa loquitur* en el Perú. Al respecto, Bullard es de la opinión de que la aplicación de esta doctrina es completamente compatible con el ordenamiento peruano<sup>6</sup>, precisando además, como

---

<sup>5</sup> Estos requisitos fueron establecidos jurisprudencialmente en el caso *Rowe vr. Public Service Company of New Hampshire*, 115 N.H.397, 399 (1975). Asimismo, a nivel doctrinal, Abramson y Dugan también reconocen la aplicación práctica de los mismos en su artículo “*Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice*”. En: <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html>.

<sup>6</sup> Esto máxime cuando existen principios procesales de colaboración y solidaridad de la prueba y diversas reglas de carga de la prueba en el Código Civil que hacen recaer la carga de la prueba del pago y de la ausencia de culpa sobre el deudor (artículos 1229°, 1329° y 1969° del Código Civil).

ya adelantamos en párrafos anteriores, que esta doctrina es importante para entender y aplicar conceptos de cargas probatorias dinámicas -que resultan útiles al evitar la impunidad del pago de los daños causados- contribuyendo a la internalización de las externalidades. (Bullard: 2005, 236).

Por tanto, consideramos imprescindible establecer requisitos para poder aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas en casos médicos en materia de Protección al Consumidor y, del mismo modo, nuestra propuesta sería analizar si una determinada situación cumple los requisitos de la doctrina *res ipsa loquitur* antes de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba. De esa forma se estaría combatiendo la arbitrariedad de muchos juzgadores al momento de decidir si aplicar o no dicha teoría y, por tanto, se estaría actuando conforme con el principio de seguridad jurídica reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

La correcta aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, materializada en la teoría de las cargas probatorias dinámicas (ya reconocidas y aplicadas en el Perú) logra generar estímulos necesarios para que se genere la prueba que se encuentra bajo el control de la parte que no está interesada en que dichas pruebas se generen. Por tanto, al momento de crear una inferencia artificial de negligencia y redistribuir la carga de la prueba, genera en el denunciado los incentivos para explicar qué fue lo que realmente ocurrió.

De esta forma y en aplicación de los requisitos de la doctrina *res ipsa loquitur* para determinar en qué supuestos médicos se debería aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, el juzgador distribuiría equitativamente la carga de la prueba, de acuerdo a la disponibilidad y posibilidad de las partes de presentar determinadas pruebas y, en consecuencia, contaría con elementos de juicio suficientes para poder determinar la responsabilidad médica en un caso concreto.

#### 1.4. Conclusiones

- Las reglas de la carga de la prueba no determinan anticipadamente a cuál de las partes corresponde probar los hechos; sino que, por el contrario, estas reglas fijan las consecuencias de la insuficiencia o falta de prueba de un hecho.
- Las reglas que determinan la carga de la prueba son necesarias para una eficiente administración de justicia, evitando así que el juzgador dicte una sentencia inhibitoria, brindando seguridad jurídica y permitiendo una administración de justicia más eficaz.
- Devis Echandía considera que existen ocho reglas que contienen argumentos para la asignación de la carga de la prueba a las partes. El ordenamiento jurídico peruano ha acogido la primera y la tercera regla en el artículo 196° del Código Procesal Civil, donde se estipula que, *“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”*.
- En materia de Protección al Consumidor, el Indecopi ha instaurado la regla de la carga de la prueba, según la cual, en una primera etapa el consumidor debe acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio materia de la relación de consumo entablada; y, en una segunda etapa de atribución del defecto, se invierte la carga de la prueba. De tal forma, corresponde al proveedor demostrar que el referido defecto no le es imputable.
- Sin embargo el Indecopi ha flexibilizado la regla antes descrita en determinados casos médicos de Protección al Consumidor, en concordancia con la teoría de las cargas probatorias dinámicas (planteada por Jorge Peyrano); dicha teoría plantea que, más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos, la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla.

- En el ordenamiento jurídico peruano, si bien la teoría de las cargas probatorias dinámicas no ha sido recogida por ninguna norma, sí ha sido reconocida 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 y por el Indecopi, en casos médicos de Protección al Consumidor.
- El Indecopi no ha establecido requisitos para la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en casos médicos y, en adición, la pertinencia de la aplicación de dicha teoría se realiza en la resolución final, evaluando la situación en concreto, a discreción de los Colegiados.
- Al respecto, nuestra propuesta es aplicar los requisitos de la doctrina *res ipsa loquitur* en el Perú al momento de que el juzgador determine si es pertinente y necesario aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba.
- Los requisitos para determinar si debe invertirse la carga de la prueba (determinados por la jurisprudencia comparada) son los siguientes: 1) El accidente sea de aquel tipo de los que originalmente no ocurren ante la ausencia de negligencia de alguien; 2) El accidente debe haber estado en la esfera de control del demandado; y, 3) Causas diferentes a la posible negligencia del demandado han sido suficientemente eliminadas.
- Adicionalmente, consideramos conveniente que se anticipe la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica a las partes (y no se haga conocer la aplicación de dicha teoría recién en la resolución final o en la sentencia), para no vulnerar el derecho de defensa de las partes y para salvaguardar el principio de seguridad jurídica reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAZI, Ronald

- 2005            “*Teoría general de la prueba. La carga probatoria*”. Ponencia presentada en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú en octubre de 2005. Reproducida en [www.eldial.com](http://www.eldial.com)

BULLARD, Alfredo

- 2005            “*Cuando las cosas hablan: El Res Ipsa Loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*”. En *Revista Themis No. 50*, pp. 217-236.

CARNELUTTI, Francesco

- 1982            “*La prueba civil*”. (traducc. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, pp. 156 y ss.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

- 1984            “*Compendio de la Prueba Judicial*”. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 1, pp. 196-199.

ELIZARI URTASUN, Leyre

- 2012            “*El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*”. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 60.

FALCÓN, Enrique

2003 *“Tratado de la Prueba: civil, comercial, laboral, penal, administrativo”*.  
Buenos Aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma, pp. 241- 909.

GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos

2016 *“La responsabilidad civil médica en el Perú: aspectos básicos”* 1ª ed. Lima:  
Editorial Lex & Iuris, pp. 253-280.

GUERRA CERRÓN, María Elena

2010 *“La prueba en los procesos de indemnización por responsabilidad médica”*.  
En: *La prueba en el proceso civil*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, pp 140.

MONTERO AROCA, Juan

1998 *“La prueba en el proceso civil”*. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas, pp. 53-68.

OTEIZA, Eduardo

2003 *“El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba. O probare o soccoombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”* En:  
*“Los Hechos en el Proceso Civil”*, coordinado por Augusto Mario Morello.  
Buenos Aires: Editorial La Ley.

PEYRANO, Jorge W.

2008 *“Problemas y soluciones procesales”*. Rosario: Editorial Juris, pp. 335.

PEYRANO, Jorge W.

2008            “*Cargas probatorias dinámicas*”. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, pp 638.

LLUNCH, Xavier Abel

2014            “*La valoración de la prueba en el proceso civil*”. Madrid: Editorial La Ley, pp. 61-128.

SPROVIERI, Luis Eduardo

1998            “*Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas*”, E.D. entrega del 25.9.1998.

VALENTIN, Gabriel

2014            “*La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba*”. En Revista de Derecho. Publicación Arbitrada de la Universidad Católica de Uruguay, Vol. 10, pp. 249-277.