

EDITORIAL

*NON LIQUET!*FACILIDAD PROBATORIA EN EL PROYECTO DE UN
NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL*

1. El 12 de marzo de este año se despachó, a la Honorable Cámara de Diputados, el Mensaje Presidencial con el que se inició un Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. Se trata indudablemente de un esfuerzo apreciable y necesario, aunque haya recibido severas críticas. Una de ellas, de carácter general, dice relación con la virtualmente nula participación de los profesores de Derecho civil en su elaboración. Cualesquiera que hayan sido las razones por las cuales la comunidad académica civilista no participó, se trata de una delicada omisión que urge corregir por el bien del país.

En el pasado mes de agosto, el señor ministro de Justicia, D. Teodoro Ribera Neumann, con ocasión de la inauguración de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por esta Facultad, ofreció un esperado discurso en el cual indicó, en síntesis, que el Proyecto ya estaba enviado y que, en consecuencia, ahora correspondía dirigir las observaciones al Congreso Nacional. No se puede negar que esta especie de desasimiento del Ejecutivo causó una cierta decepción entre quienes estábamos en el público. Pero, afortunadamente, las cosas al parecer han experimentado alguna mejoría en el último tiempo. Esto, porque el 27 de septiembre se inició, también en nuestra Facultad, un ciclo de seminarios sobre esta reforma organizados por el propio Ministerio de Justicia. Aquel encuentro se centró en tres cuestiones: “*carga dinámica de la prueba*”; “*rol de la Corte Suprema*”; y, “*la ejecución*”. Al menos ahora se invitó a dos civilistas para que expusieran durante quince minutos cada uno, además de los siete procesalistas nacionales y extranjeros restantes. Es verdad que uno o unos cuantos seminarios serían a todas luces insuficientes. Lo que se requiere de aquí en más no son exposiciones en torno a un texto ya dado. Más bien, debiere proseguir un sosegado, serio y profundo estudio técnico; sólo después de éste, tendría que darse pie a una etapa de redacción conjunta por un grupo amplio y equilibrado de especialistas. Pero es preferible observar los acontecimientos de manera optimista, y estimarlos como un incipiente y positivo comienzo.

2. Vistas así las cosas, quisiera referirme a la sesión titulada “*carga dinámica de la prueba*” del mencionado seminario del 27 de septiembre. En esta sesión intervinieron los colegas Profs. D^a. Carmen Domínguez, D. Jordi Nieva y D. Raúl Tavolari¹. Me referiré principal-

* Este trabajo forma parte del Proyecto Anillo de Investigación Asociativa en Ciencias Sociales, “Estudios Histórico-Dogmáticos de Derecho Patrimonial Privado: una mirada a los artículos de los Libros II y IV del Código Civil de Chile”, SOC 1111, de CONICYT.

¹ El 28 de septiembre de 2012, *El Mercurio* Legal publicó la noticia –con extractos de las opiniones de los ponentes a los cuales me remito–, bajo el expresivo título “Encendida discusión sobre la reforma procesal civil en

mente a las exposiciones de los dos primeros; pues permiten ilustrar de un modo más acusado la confrontación de ideas. Para comenzar, reproduzco el artículo 294 del Proyecto²:

Art. 294. Carga de la prueba. Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder.

La Prof^a. Domínguez³ explicó las bondades de la regla del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*”. Afirmó que, como se sabe, esta norma ha sido aplicada extensivamente por la jurisprudencia en nuestro país, para llegar a la regla “*el que alega algo, lo debe probar*”. Con ello, en su opinión, se provee a las partes de una regla clara y previamente conocida, por cuya virtud se evita mayores controversias. De hecho, añadió, se reduce la litigiosidad al dar bases más claras para alcanzar una transacción; se permite un mejor cálculo de los riesgos en la contratación; y se permite una mejor preconstitución de pruebas para que las partes se precavan debidamente de un conflicto futuro. En suma, la norma del Código Civil es una contribución fundamental a la seguridad jurídica; mientras que el artículo 294 del Proyecto hace caer aquella disposición civil por su base, al introducir un factor de esencial incertidumbre por el retraso, hasta la impredecible decisión del juez, de la determinación de quién tendrá la carga de la prueba. Todavía en su opinión, a partir de un pretendido principio de colaboración procesal se llega a la vulneración del principio de imparcialidad del juez, por cuyo arbitrio se dará lugar no sólo ya a la incertidumbre *per se*, sino también, potencialmente, a discriminaciones prejuiciosas hacia alguna de las partes. Por último, sostuvo que, observada la experiencia jurídica comparada, los asuntos que han hecho sentir la aparente necesidad de operar estos cambios en la carga de la prueba —especialmente vinculados a la responsabilidad médica—, se revelan como hipótesis falsas. Todas dependen de las interpretaciones propias del derecho sustantivo, tales como la distinción de obligaciones de medios y resultados, o la adecuada aplicación de la disciplina contractual y extracontractual; las cuales, correctamente empleadas, hacen innecesario el recurso a la carga dinámica de la prueba.

la UC”, pp. 1-4. El documento está disponible en <http://www.ichdp.cl/wp/wp-content/uploads/lea-la-nota-de-el-mercurio-legal-sobre-seminario-en-la-uc.pdf>

² Mensaje de S. E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, N° 004-360, Santiago, 12 de marzo de 2012, p. 116. Disponible en <http://www.reformaprosalcivil.cl/wp-content/uploads/2012/07/PCPC-2012-8597-07.pdf>

³ *El Mercurio Legal*, “Encendida discusión sobre la reforma procesal civil en la UC”, pp. 1 y 2 (cit. nota 1). También he añadido mis apuntes personales.

Por su parte, el Prof. Nieva⁴ indicó, en relación al artículo 294 del Proyecto, que es inevitable introducir la distribución judicial de la carga de la prueba en razón de la facilidad probatoria. Lo anterior, porque las normas sobre la carga de la prueba operan sólo en los concretos casos-límite en los que el juez no tenga suficientes elementos para decidir; puesto que allí éstas se presentan como la única salida para que aquél pueda emitir una sentencia. En consecuencia, se debe entender las normas de la carga probatoria a la manera de una *ultima ratio* indispensable del derecho de la prueba. Como aval de sus afirmaciones, presentó una secuencia de ejemplos históricos de regulación de esta materia, los cuales analizó a la luz de su tesis. La primera norma sobre esta cuestión se encuentra en el inicio del Código de Hammurabi: “*Si alguien acusa a otro de haber cometido homicidio y no puede probarlo, es condenado él a muerte*”. Más tarde, en Roma –prosiguió–, surgió la famosa regla del *onus probandi* que señala “*el que afirma algo, lo debe probar*”; que después encontró desarrollo al interior del proceso, a partir de la Época Medieval. Sin embargo, afirmó, la norma de la facilidad probatoria no es nueva, pues: “*(e)ncountre un jurista del siglo XIII, Martinus de Fano, que decía: ‘que como a ti te es más fácil probar ese hecho, Pruéballo’, pero luego fue descartado por la doctrina, porque era muy complicado*”. Desde allí, afirmó que en realidad el criterio de la facilidad probatoria subyace tanto a toda norma relativa a la carga de la prueba como a sus excepciones (inversiones de la carga de la prueba). Y, más adelante en su intervención, hizo ver que también la “Corte Suprema” alemana ha tenido en mente este mismo criterio de la facilidad probatoria al sostener que las inversiones de la carga de la prueba pueden emanar sea de la ley como de la jurisprudencia. En suma, el criterio de la facilidad probatoria no sería una novedad, sino el fundamento tradicional en esta materia. Una vez que dio por articulados los fundamentos de la distribución judicial de la prueba con sus precedentes históricos, sostuvo que la solución de la facilidad probatoria no era buena; pero que, ante la hipótesis límite a la que corresponde, no veía una mejor salida. En todo caso –todavía según su opinión–, las posibles arbitrariedades se subsanan con el deber de motivar su opción por parte del juez, al igual que por la posibilidad de que su decisión se revise por la instancia superior. Por último, destacó que ya en época Medieval se había acusado el subjetivismo ínsito en el criterio judicial de la facilidad probatoria; a lo cual el Prof. Nieva replicó, contextualizando nuevamente la cuestión en el carácter de *ultima ratio* de las normas sobre carga de la prueba, “*pero claro que genera subjetivismo, porque estamos hablando de un juez en quien confiamos que lo va a hacer bien*”.

No puedo negar la tendencial seducción que puede ejercer la posición del Prof. Nieva. Especialmente al observar su erudición a través de su literatura⁵. Pero, en realidad, no puede aceptarse su tesis central, según la cual la facilidad probatoria es el fundamento racional tanto de las tradicionales normas sobre carga de la prueba como de las inversiones de la carga de la prueba y, asimismo ahora, de la facultad del juez para distribuirla –*ex* artículo 294 del

⁴ *El Mercurio* Legal, “Encendida discusión sobre la reforma procesal civil en la UC”, p. 2 (cit. nota 1). También he añadido parte de mis apuntes personales y he contrastado la literatura del ponente citada *infra* en la nota 5.

⁵ Su ponencia estuvo centrada en su artículo, NIEVA, J. (2011): “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y la Carga de la Prueba: Nociones que Precisan Revisión”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 3-4 pp. 91-120. Aquí cito *ibidem* pp. 1-18, disponible en <http://www.ichdp.cl/old/sistemas-de-valoracion-de-la-prueba-jordi-nieva.pdf> Vid., además, J. NIEVA (2010): *La Valoración de la Prueba* (Madrid, Marcial Pons), *passim* (esp. pp. 49 a 52).

Proyecto—. “Facilidad”, “disponibilidad”, “normalidad”, “causa de la pretensión”, etc., desde un punto de vista técnico, son todos fundamentos distintos. Y, es más, a cada uno le cabe potencialmente un lugar de relevancia a través del riquísimo arsenal de la interpretación. Esto, debo decir, incluso en nuestra experiencia jurídica, especialmente gracias a las múltiples posibilidades que ofrece el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil —que preside el sistema legal constituido, además, por presunciones y varias normas especiales—. El material nuevo que aportaría el artículo 294 del Proyecto, en cambio, resulta superfluo; y, en lo referido a las nuevas facultades del juez, se restringe sólo a la “disponibilidad” y la “facilidad”. Y si bien es cierto que estos criterios no representan del todo una novedad, al ponerse en cabeza del juez y por sobre las pautas hermenéuticas legisladas —esto es sin duda lo peor—, abren la puerta a la superposición de una cierta “equidad cerebrina” como criterio interpretativo.

Además, nuestro colega español del Derecho Procesal pudo haber matizado algo más su progresión dogmática en base a ejemplos históricos. Para comenzar, el reclamo al Código de Hammurabi —ni más ni menos que a su primera disposición⁶, por impresionante que sea, en realidad no puede pasar del plano anecdótico; pues la experiencia babilónica está incomunicada de la nuestra por un abismo jurídico-cultural⁷. Y, en cuanto al *onus probandi* en el Derecho Romano, el Prof. Nieva se limita a señalar el fragmento del Digesto que reza —en sus palabras— “*el que afirma algo, lo debe probar*”. Pero esto, así dicho, aparece como una versión demasiado simplificada; y, por sobre todo, da la impresión de que se la entiende más de acuerdo a la época de Justiniano —el Digesto fue promulgado el año 533 d. C.—, que a la de su redacción por Paulo⁸ —muerto en el primer tercio del siglo III d. C.—. El texto de De Fano, por su parte, presenta problemas de autoría y datación, y, por sobre todo, no parece ayudar en la tesis del Prof. Nieva —pero a esto, por su complejidad, tendré que referirme más abajo—. Quien sostenga una concepción del Derecho como expresión de la realidad social, como la búsqueda de justicia para controversias concretas, no puede llegar sino a la conclusión de que el Derecho *es* en su historicidad. Por supuesto, el trabajo del Prof. Nieva da sobrada cuenta de su propia convicción en este sentido. Por ello, quisiera discutir con él este asunto desde esa misma clave.

El punto de partida, me parece, es saber de qué hablamos cuando nos referimos al artículo 1.698 inciso primero del Código Civil. La pregunta es fundamental desde que nadie ha dudado nunca de que esta norma, a pesar de tratar directamente sólo la prueba de las obligaciones y su extinción, sea aplicable a toda la materia civil de la carga de la prueba. Por lo tanto, el artículo 1.698 no sólo es la piedra angular, sino que, desde un punto de vista técnico, es una norma inevitablemente sujeta a expansión a través de variados tipos de interpretación; puesto que, como es obvio, no todas las hipótesis civiles son equivalentes a las de las obligaciones —las que, en todo caso, también requieren distinciones—. Precisamen-

⁶ Cfr. SAN MARTÍN, J. (1999) (ed. y trad.): *El Código de Hammurapi*, en *Códigos Legales de Tradición Babilónica* (Ediciones de la Universitat de Barcelona, Trotta, Madrid) p. 102.

⁷ Ya hace tiempo que el estado de la ciencia progresó en este punto. Vid., por todos, la clásica obra de VOLTE-
RRA, E. (1999, pero 1937): *Diritto Romano e Diritti Orientali* (Jovene Editori, Napoli) pp. 169 a 172.

⁸ KUNKEL, W. (2001, pero, ²1967): *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (Verlag Böhlau, Köln, Weimar, Wien) pp. 244 y 245; WIEACKER, F. (2006): *Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Abschnitt. Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike* (Verlag C. H. Beck) p. 138.

te en este punto se engañan quienes parecen creer en una aplicación estricta y rígida del artículo. Por todo lo ya dicho, creo conveniente intentar una reducida historia dogmática desde la regla paulina de la carga de la prueba hasta nuestro artículo 1.698 inciso primero del Código Civil y su doctrina. Pues sólo después de ello se puede abordar los aspectos problemáticos del artículo 294 del Proyecto. Naturalmente, aquí no puedo citar toda la literatura ni las fuentes pertinentes. Ni tampoco extenderme en explicaciones de cada uno de los múltiples y complejos aspectos involucrados. Sólo pretendiendo reseñar las fuentes, los autores y los aspectos que me parecen más ilustrativos para destacar mis planteamientos.

3.1. Cuando Paulo, 69 *ad Ed.*, D. 22.3.2, señaló “(e) *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” (“incumbe la prueba al que dice, no al que niega”)⁹, no lo hizo a la manera abstracta de una máxima –como fue entendido posteriormente–, sino que dentro de un contexto preciso¹⁰. Y, por lo demás, con el término “*probatio*” tampoco denotaba la sola prueba de los hechos, sino que con esta expresión de la retórica envolvía ampliamente toda la argumentación desplegada por cada parte en el juicio¹¹. Tampoco se refirió, él, a la carga probatoria del demandante. En mi opinión, Paulo se refería *exclusivamente* al *demandado* en el procedimiento formulario¹²; quien contaba –más allá de la posibilidad de confesar–, con dos posibles modalidades de negación de la pretensión del actor: negar del todo los hechos; o bien, negar que hubieran ocurrido tal como lo decía el demandante¹³. Si el demandado negaba del todo los hechos señalados por el demandante, lo cual se denomina *infitiatio* –por

⁹ Vid., sobre el contexto original, LEVY, E. (1963): *Beweislast im klassischen Recht*, en *Gesammelte Schriften* 2. (Bände, Verlag Böhlau, Köln, Graz) p. 176; KASER, M. (1954): *Bewieslast und Vermutung im römischen Formularprozess*, ZSS 71 pp. 221 ss.; PUGLIESE, G. (1985): *L'Onere della Prova nel Processo 'per formulas'*, en *Scritti Giuridici Scelti*, I. *Diritto Romano*, (Jovene Editore, Napoli) pp. 385 a 397; CANNATA, C. A. (1982): *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano*. II: *Il Processo Formulare* (G. Giappichelli Editore, Torino) pp. 183 a 186; CORTESE, B. (2011): “Tipizzazioni e Presunzioni nella Casistica della Giurisprudenza Romana”, en L. GAROFALO (a cura di): *Actio in Rem' e Actio in Personam' In Ricordo di Mario Talamanca*, 1 (CEDAM, Padova) pp. 925 a 928, 915-958; MANNA, L. (2012): “La facoltà del giudice di ‘iurare rem sibi non liquere’”, en *II Giudice Privato nel Processo Civile Romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, L. Garofalo (a cura di), 1 (CEDAM, Padova) esp. pp. 547 a 564. Vid., una correctísima explicación de las tendencias de la doctrina romanista a este respecto, WACKE, A. (1992): “Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy”, ZSS 109 pp. 411-449.

¹⁰ Ya así, WENGER, L. (1938): *Istituzioni di Procedura Civile Romana* (trad. R. ORESTANO, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano) p. 193; STEIN, P. (1996): *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims* (University Press, Edinburgh) p. 108.

¹¹ Cfr. QUINTILIANO, *Institutio Oratoria* 3.9.

¹² Este pasaje aparece en D. 22.3 “*De probationibus*” (Sobre las pruebas) –con título correlativo en C. 4.19–, pero en la obra de PAULO se hallaba bajo el título “*De exceptionibus*” (Sobre las excepciones). Y de aquí que se pueda especular que sólo se refería al demandado. Cfr. LENEL, O. (2000, pero 1889): *Palingenesia Iuris Civilis*, I, (Il Cigno Galileo Galilei, Roma), col. 1084. La mayor parte de la doctrina cree, en cualquier caso, que se refiere a la relación entre el demandante y el demandado. Pero nada de esto es dicho en la fuente misma, respecto de la cual el dato de su palingenesia debe ser más valorado. Vid. KASER, M. y HACKL, K. (21996): *Das Römische Zivilprozessrecht* (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München) pp. 364 a 364.

¹³ Cfr., si bien en una causa criminal, QUINTILIANO, *Institutio Oratoria* 5.13.7 (final): “*apud iudices... negandi duplicem ostendimus formam, aut non esse factum aut non hoc esse, quod factum sit. quae neque defendi neque transferri possunt, utique neganda, nec solum si finitio potest esse pro nobis, sed etiam si nuda infitiatio superest*”. (“frente a los jueces... oponemos dos formas de negación, o no ser el hecho, o no ser así el hecho que ocurriera. Aquellos [sc.

ejemplo, negaba que le hubiera entregado la suma en mutuo que ahora le reclamaba—, no necesitaba la *exceptio* formularia sino que entraba directamente al *iudicium*; del cual salía absuelto en virtud de que el demandante no podía acreditar su pretensión —aportara, o no, pruebas el demandado, según la disponibilidad—¹⁴. Por la otra parte, el demandado también podía negar por la vía de indicar que el hecho afirmado por el demandante sí había ocurrido, pero de otro modo; es decir, añadía nuevos antecedentes por los que la pretensión del actor devenía inequitativa —por ejemplo, si aceptaba haber recibido dinero en mutuo, pero bajo un plazo aún no cumplido—. En este caso el demandado requería, para salir absuelto, la introducción de una *exceptio* en la fórmula¹⁵ y, consiguientemente, debía probarse en el *iudicium* aquellos datos adicionales. En suma, en el procedimiento formulario “*el demandado en la excepción es un demandante*”¹⁶, y por tanto se debe probar su contra-pretensión. En cualquier caso, el campo de operación de esta forma de litigar en el procedimiento formulario sólo se restringía a los juicios estrictos, pues puede decirse genéricamente que los de buena fe no requerían la introducción de excepciones, de modo que presentaban un funcionamiento diferente en este punto¹⁷. Además, se debe poner de relieve que la excepción tenía el requisito formal de redactarse de manera negativa —por contraposición a la pretensión, *intentio*, del actor—; de manera que la posición del demandado, cualquiera fuera el contenido, no podía expresarse sino como “negativa”¹⁸. Así es que lo que formal y necesariamente se expresaba como “negativa”, era en realidad una aseveración contra la pretensión del demandante; por lo tanto, el demandado en este caso, sustancialmente, es “*qui dicit*”, y su propia pretensión requería ser probada; mientras que sólo quien hace *infitiatio* es “*qui negat*”, lo cual no constituye técnicamente una pretensión y por ello nada hay que probar. En conclusión, el aserto de Paulo podría explicarse aproximadamente así: “*incumbe la argumentación al demandado que dice una excepción, no al demandado que hace una infitiatio*”.

hechos] que no pueden ni defenderse ni transferirse [sc. de competencia], especialmente al negar, no sólo si puede haber una definición [sc. de los hechos] a nuestro favor, sino incluso si basta la nuda *infitiatio*”).

¹⁴ CICERÓN, *De Partitione Oratoria* 104: “...*nemo enim eius quod negat factum rationem aut potest aut debet aut solet reddere*” (“...ciertamente, puesto que niega el hecho, de nada de esto, o puede, o debe, o suele dar razón”).

¹⁵ GAYO, *Institutiones* 4.116: “*Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. Uelut... si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conueno non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conueni repelli*” (“Pero han comparecido las excepciones a fin de la defensa de aquellos contra quienes se acciona. En realidad, frecuentemente ocurre que alguno esté obligado por derecho civil, pero sea inícuo condenársele en juicio. Por ejemplo... si hubiera pactado contigo para que no te pida lo que me debes, no obstante te puedo pedir esto mismo deberme ser dado, porque la obligación no se restringe por un pacto convenido; pero se admite deber ser repelido en mi petición por la excepción de pacto convenido”).

¹⁶ “...*reus in exceptione actor est*”. Cfr. ULPIANO, 4 *ad Ed.*, D. 44.1.1. El mismo orden de ideas en ULPIANO, 7 *disp.*, D. 22.3.19 pr.: “*In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere...*” (“Debe decirse en las excepciones que el reo debe cumplir como parte demandante”).

¹⁷ Este es un asunto que requeriría de mayores precisiones. Vid. KASER, M. y HACKL, K. (21996) pp. 262 y 263 (cit. nota 12). Contra, CARCATERRA, A. (1964): *Intorno ai bonae fidei iudicia* (Editore Jovene, Napoli) pp. 148 a 153.

¹⁸ GAYO, *Institutiones* 4.119: “*Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur...*” (“Pero todas las excepciones se recogen en contradicción a lo que afirma aquél que acciona...”).

Debe, por otra parte, considerarse la total libertad del juez del procedimiento formulario para recabar los datos que le permitieran condenar o absolver¹⁹; y, especialmente, la opción siempre presente de señalar que los hechos no le resultaban claros, es decir probados, de manera que no podía pronunciar la sentencia: la declaración judicial de “*non liquet*”²⁰ –sobre la cual volveré más abajo–. De ello se hace evidente que, si bien los juristas llegaron a tratar la cuestión de la carga de la prueba²¹, no lo hicieron desde una perspectiva general, como si se tratara de la elaboración de un derecho positivo y fijo de la carga de la prueba, sino de forma casuista²² y con el fin más pragmático de impedir algunas hipótesis concretas de *non liquet*²³. Recuértese que el Derecho romano clásico constituye un sistema abierto y en constante desarrollo, que permite la controversia entre los autores y que no pretende establecer reglas generales absolutas –concepción actual que da lugar al problema, no romano, de las lagunas–²⁴. La amplia difusión del razonamiento retórico no sólo sentó las bases de las particulares decisiones jurisprudenciales –incluidas aquellas sobre la carga probatoria–, sino de la actividad misma del juez –*officium iudicis*–, como lo revela la dicción de perfil tópico: “*el buen juez constituye según las personas y las causas*”²⁵. Por ello es que esa libertad judicial no puede considerarse pura arbitrariedad –por lo demás, el indebido cumplimiento de su oficio estuvo sancionado–²⁶, puesto que, en último término, el juez estaba socialmente constreñido a razonar con solidez: deber que tenía correlativamente, como facultad indispensable, la declaración de *non liquet*; pues nada es menos razonable que pensar que el juez sea infalible en informarse de los hechos.

3.2 Desde el tránsito del siglo III al IV d. C., en época del Bajo-Imperio, primó con claridad un nuevo procedimiento de corte burocrático denominado *cognitio extraordinem* (cognición extraordinaria)²⁷. A partir de esta cognición extraordinaria, y como se observa todavía en el Derecho justiniano, el juez quedó progresivamente sometido a normas generales sobre

¹⁹ Vid., por todos, CANNATA, C. A. (1982) pp. 183 a 186 (cit. nota 9).

²⁰ Vid. LEONHARD, F. y WEISSE, E. (1926): v. “*non liquet*”, PWRE, 13 (J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, Stuttgart), cols. 726 y 727.

²¹ Vid. n. 9.

²² Así también debe entenderse el fragmento de MARCIANO, 6 *inst.*, D. 22.3.21, quien dijo: “...*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*” (“...siempre incumbe la necesidad de probar a aquél que acciona”), en relación a la demanda deducida por el legatario contra el heredero.

²³ Vid. WACKE, A. (1992) pp. 437 y 438 (cit. nota 9). Este punto de vista fue adoptado en la edición que HACKL hizo del prestigioso manual de KASER. Sin embargo, es un poco exagerada a mi juicio la redacción inicial de p. 363, en la que se dice que el juez no goza de “*keine Ermessensfreiheit*” (ninguna discrecionalidad) puesto que está sometido a “*feste Regeln*” (reglas fijas). Cfr. KASER, M. y HACKL, K. (1996) pp. 364 a 364 (esp. p. 363 n. 15) (cit. nota 12).

²⁴ Vid., la obra clásica en este punto, HORAK, F. (1969): *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, 1 (Scientia Verlag, Aalen) *passim*.

²⁵ “*bonus iudex ex personis causisque constituet*”. Cfr. CELSO, 3 *digestorum*, D. 6.1.38.

²⁶ Vid., por todos, con la bibliografía allí citada, VENTURINI, C. (2010): “El Juez en Roma: Funciones y Responsabilidad”, en *El Juez en Roma: Funciones y Responsabilidad* (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid) pp. 11-47.

²⁷ Vid., con argumentos generalizables desde la apelación a todo el nuevo sistema judicial, ORESTANO, R. (1952): *L'appello civile in Diritto Romano* (G. Giappichelli Editore, Torino) pp. 194 a 197.

la carga de la prueba y a un complejo conjunto de presunciones²⁸. Asimismo, fue en este momento que la *exceptio* se redujo –poco más o menos como ocurre hasta hoy–, simplemente a la idea de la contradicción procesal del demandado a la pretensión del actor, fundada en el derecho sustantivo; de modo que a grandes rasgos se estableció una correspondencia entre la negación –de cualquier género– y el uso de la excepción²⁹. Cuando la *cognitio extraordinem* comenzaba a despuntar, en los albores del siglo III, todavía en época tardo-clásica, fueron apareciendo las primeras normas positivas –*constitutiones*– sobre la carga de la prueba, las cuales trabaron poco a poco el anterior sistema abierto. Debe recordarse en primer lugar un rescripto, que será sin duda el modelo de las legislaciones actuales, de Septimio Severo y Antonino Magno Caracala (a. 196), C. 4.19.1: “*Tal como el acreedor se obliga a acreditar el dinero entregado que pide, así a la inversa el deudor, que lo afirma pagado, debe prestar prueba de este asunto*”³⁰. Si bien ésta es ya una norma positiva y vinculante, todavía se refería sólo a un caso concreto. Como sea, queda aquí atestiguado el trasvase inalterado de una solución, que es clásica, desde los dominios del razonamiento prudencial a los de la ley. Poco después aparecerá una de las primeras normas positivas de “inversión de la carga de la prueba”, C. 4.30.3 (a. 215)³¹: en virtud de la *exceptio non numeratae pecuniae*, quien había prometido por estipulación dar una cantidad de dinero, en razón de un mutuo que posteriormente no se había hecho efectivo pero que aun así se le exigía, quedaba relevado de la prueba del hecho negativo de la no-recepción del dinero; de modo que el demandante, el falso mutuante, a pesar de haber acreditado la existencia de la estipulación por la que accionaba, debía además acreditar la entrega del dinero³². En este contexto de incremento de la legislación probatoria, el enunciado paulino, “*incumbe la prueba al que dice, no al que niega*”, tomó un inédito papel de regla general. Ahora, “*el que dice*” se entendió en relación al demandante, y “*el que niega*”, al demandado. A su vez, a la manera de una contra-regla general, se estableció que exigir al demandado una prueba de su *infittatio* le ponía en una situación imposible, y que por esto quedaba relevado de dicha carga –es, en otras palabras, una proscripción legal de la prueba diabólica–³³. Así viene expresado, en sustancia, en dos famosísimos rescriptos de Diocleciano y Maximiano. El primero, C. 4.30.10 (año 287-304), indica que para el caso de la negación de la recepción de dinero en mutuo: “*naturali ratione probatio nulla est*” (“por razón natural no hay ninguna prueba”). El segundo, C. 4.19.23 (año 300-305), dice que “*per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*” (“por la naturaleza de las cosas no haya prueba del hecho del negante”). De este rescripto no conocemos el caso concreto a que se respondía, pero el solo hecho de que los justinianos lo hayan reportado con

²⁸ ZILLETTI, U. (1965): *Studi sul Processo Civile Giustiniano* (Dott. A, Giuffrè Editore, Milano) p. 207.

²⁹ KASER, M. y HACKL, K. (1996) pp. 582 a 584 (cit. nota 12).

³⁰ “*Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursus debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet*”.

³¹ ARIAS BONET, J. A. (1983): “Sobre la *querela* y la *exceptio non numeratae pecuniae*. Derecho Romano y vicisitudes medievales”, *AHDE* 53 p. 114.

³² Cfr., respecto del uso original de la *exceptio doli*, GAYO, *Institutiones* 4.119.

³³ En cambio, en la fórmula a través de la cual se conducía el juicio en el procedimiento anterior, no se indicaba nada sobre la carga de la prueba. KASER señala que ni en la regla de PAULO ni en CÍCERÓN (cit. n. 14), y nosotros podemos añadir que tampoco en QUINTILIANO (cit. n. 13), se menciona de forma tajante que la negativa no se pueda probar. Cfr. KASER, M. y HACKL, K. (1996) p. 364 y n. 19 (cit. nota 12).

un tono general da cuenta del avance, al menos en época de estos últimos, hacia una verdadera regulación de la carga de la prueba. Por supuesto, este avance progresivo de *leyes positivas* —en su mayoría referidas a casos particulares—, no alcanzó a generar ni un sistema ni una teoría completos sobre la carga de la prueba.

3.3. Ya en época Medieval³⁴, se profundizó en las consecuencias que tenía el fragmento de Paulo en cuanto regla general del *onus probandi*. Pero antes de ir directamente a ello, debo reportar las contribuciones de Irnerio (1050-1125) y Azón (1150-1230), ambos sobre C. 4.19.1. Irnerio señala: “...*Ciertamente incumbe probar al actor: hasta el punto en que tenga o pareciera tener [sc. probada] la pretensión. ‘Sólo tiene [sc. probada] la pretensión’, si el demandado está confeso o convicto. ‘Sólo pareciera tener [sc. probada la pretensión]’, si el demandado dice asumir, pero afirma de sí haber pagado. A veces las presunciones también transfieren las pruebas. Pero si consta la pretensión, el demandado debe o excepcionar o destruir la pretensión: de otro modo se obliga a pagar. Excepcionándose el demandado, debe probar la excepción del mismo modo que el demandante prueba la pretensión: ciertamente el demandado en la excepción actúa como demandante*”³⁵. Más tarde Azón hará una importante aclaración: “*Porque uno y otro afirma, y es general, puesto que la prueba incumbe al afirmante: como abajo C. 4.19.23; o asevera directamente, o por excepción, de donde el deudor debe probar bien si dijera estar pagado, bien si se excepcionara contra el acreedor...*”³⁶. Los dos se refieren al mutuo, que es el tema de C. 4.19.1. Irnerio determina hasta dónde llega la carga de probar de cada parte, lo cual se fija necesariamente en atención a la posición de la contraria. Y Azón vincula la solución de esta hipótesis particular a la constitución de C. 4.19.23, donde aparece como regla general el deber de probar del actor y no del demandante, por cuanto para éste, si el actor no ha probado, “*per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*”. En ese contexto, ambos establecen como eje de la determinación del *onus probandi*, la tensión afirmación-*infitiatio* recíprocamente entre demandante y demandado, según si se discute la existencia del mutuo o su pago. Por lo tanto, no se les escapa que la pretensión tiene distintas consecuencias probatorias según el tipo de contraposición entre las partes. Ahora puedo citar la glosa que hace Accursio (1225-1293) a nuestra expresión “*Ei incumbit*” en D. 22.3.2: “*Dos reglas pone esta ley. La primera, por la que se dice probar el afirmante... Ésta falla si se establece una presunción para aquello que dice... La segunda regla es que quien niega*

³⁴ NÖRR, K. W. (2012): *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus* (Springer Heidelberg, Dordrecht, London, New York) pp. 127 a 129.

³⁵ “...*Actori quidem probatio incumbit: usque adeo donec intentio teneat uel tenere uideatur. tenet autem intentio, si reus confessus uel comiuctus sit. uidetur autem tenere, si reus dicit se suscepisse, asserit tamen se soluisse. Item presumptiones quandoque transferunt probationes. si autem de intentione constet, reus uel excipere uel intentionem elidere debet: alioquin soluere cogitur. reo excipiente probare debet exceptionem, quemadmodum actor probat intentionem: reus enim in exceptione actor efficitur...*”. Cfr. FITTING, H. (Hgg.) (1894): *Summa Codicis des Irnerius. Mit einer Einleitung* (J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin) pp. 90 y 91.

³⁶ “*Quia uterque affirmat, & generale est, quod affirmanti probatio incumbit: ut infra eod. actor. sive asserat directe, sive per exceptionem, unde sive debitor dicat solutam, sive excipiat contra creditorem, probare debet...*”. Cfr. AZO (1596): *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani, Commentarius et Magnus Apparatus...*, (in Officina Iacobi Stoer. & Franc. Fabri, Lugdunensis) p. 417. (C. 4.19.1).

no está obligado a probar³⁷. Sin embargo, Accursio apreció rápidamente en la casuística de las fuentes que quien negaba, en varias ocasiones –más allá de la intervención de presunciones en su contra–, sí debía probar. Por ejemplo, si se negaba que alguien había sido citado, o que estaba en su sano juicio, o que podía testar o si intentaba una acción negatoria. Todos esos casos fueron sistematizados de la siguiente forma: se debe probar si “*es tal la negativa... que se tiene por afirmativa*”; vale decir, “*la negación tiene incluida, o implícita, una afirmación*”³⁸. Y ofreció para estos efectos una distinción tripartita de la negativa: de cualidad (*qualitatis*), de derecho (*iuris*) y de hecho (*facti*)³⁹. En las dos primeras –*qualitatis* y *iuris*–, quien niega siempre debe probar⁴⁰. En la negativa de hecho, en cambio, se debe subdistinguir en determinada e indeterminada: “*la negativa de hecho, si no tiene adjuntas la determinación de lugar, o de tiempo, o de otra circunstancia, nunca se prueba directa o indirectamente... Pero si tiene una determinación anexa, entonces tiene una prueba indirecta*”⁴¹. A su turno, la sistematización de Accursio aparece depurada en el *Speculum Judiciale* de Guilelmus Durantis (1237?-1296). Él propuso similarmente la negativa de cualidad, de derecho y de hecho; pero respecto de esta última subdistinguió ahora de manera tripartita: negativa de hecho pura y simple e indeterminada –de la cual no hay carga de la prueba–; negativa de hecho determinada según el lugar, el tiempo u otra circunstancia –de la cual se debe dar al menos una prueba indirecta–; y, negativa *pregnans* u envolvente (de una afirmativa implícita) –la cual sí se debe probar–⁴². En suma, la regla expresada por Paulo quedó circunscrita

³⁷ “*Duas ponit regulas haec lex. Prima, qua dicitur affirmantem probare... Haec fallit si praesumptio pro eo faciat, qui dicit... Secunda regula est, quod qui negat, non teneatur probare*”. Cfr. ACCURSIO (2006, pero, Lyon, 1627): *Corpus Iuris Civilis cum Commentariis Accursii ...*, 1, *Digestum Vetus*, (Vico Verlag, Frankfurt am Main), cols. 2054 y 2055 (gl. “*Ei incumbit*”).

³⁸ “*est talis negativa... quae est pro affirmativa*”; “*... negatio affirmationem habet inclusam, vel implicitam*”. Cfr. ACCURSIO (2006 pero, Lyon, 1627): *Corpus Iuris Civilis cum Glossa Magna...*, 1, *Digestum Vetus* (Vico Verlag, Frankfurt am Main) col. 2054 (“*Ei incumbit*”).

³⁹ “*triplex est negativa. sc. facti, iuris & qualitatis*” (“la negativa es triple, esto es, de hecho, de derecho y de cualidad”). Cfr. ACCURSIO (2006 pero, Lyon, 1627) (cit. nota 38).

⁴⁰ “*quia qui negat ius, videtur affirmare: nam si dico, nego hunc posse testari... Idem in servitute: ut si dicam, nego te habere ius utendi*” (“porque quien niega el derecho, pareciera afirmar: pues si digo, niego que aquél puede testar... Lo mismo en la servidumbre: como si dijera, niego que tengas derecho de usar”). “*Negativa qualitatis dicitur... iste non est idoneus: non est dignus: non est diligens: non est solvendo. Et hoc debet probari ab eo, qui eam proponit*” (“Se dice negativa de cualidad... éste no es digno, no es idóneo, no es diligente, no ha pagado. Y esto debe probarse por aquél, que esto propone”). Cfr. ACCURSIO (2006 pero, Lyon, 1627) (cit. nota 38).

⁴¹ “*Negativa facti, si non habent adiunctam determinationem loci, vel temporis, vel alterius rei, numquam probatur directe, vel indirecte... Si autem habet annexam determinationem, tunc indirectam habet probationem*”. Cfr. ACCURSIO (2006 pero, Lyon, 1627) col. 2055 (“*Ei incumbit*”) (cit. nota 38).

⁴² “*...negativa alia facti alia iuris alia qualitatis. Negativa facti alia pura et simplex alia indeterminata alia terminata alia pregnans. Negativa facti pura et simplex et indeterminata est, que non habet determinationem loci vel temporis vel alterius rei ut cum dico non fui citatus... et talis probari non potest... [...] negativa autem facti determinata... bene probatur saltem indirecte [...] negativa facti pregnans est: quilibet implicitam affirmativam... si dico non sum in patris potestate: quia iam simpliciter assero negando me liberatum a patria postestate et ideo debeo probare... Sequitur videre de negativa iuris, et hec probanda est ab eo qui eam opponit. Ubi gratia nego emancipationem recte factam [...] Negativa autem iuris est cum negatur aliquid iure factum esse: ut iuris solennitatem abfuisse [...] Restat videre de negativa qualitatis que est si quis dicit: non es bonus: non es diligens: non es legitimus: non est solvendo. hic enim negatur qualitas et qui hoc dicit debet probare, nam quilibet presumitur idoneus: nisi probetur contrarium...*” (“la negativa es una de hecho otra de derecho y otra de cualidad. La negativa de hecho una es pura y simple, otra indeterminada, otra determinada, otra envolvente. La negativa de hecho pura y simple e indeterminada

a un campo muy estrecho en cuanto a la negación. En palabras del mismo Accursio: “*por tanto permanece esta regla en la simple negativa de hecho: como, esta cosa no es tuya, no cometí homicidio*”⁴³. Y, como consecuencia de la intervención de este entramado de distinciones y subdistinciones, el sistema de carga probatoria gobernado por la dicción paulina dejó, de aquí en más, a cargo del juez la misión interpretativa de la aplicación de la regla a los casos concretos. De ello da testimonio, ahora desde el Derecho Canónico, Bonifacio VIII (1235-1303) en su *Liber Sextus* 2.9.1: “*Establecemos, para las posiciones negativas (que no pueden ser probadas salvo por confesión del adversario) que los jueces puedan admitirlas, si por persuasiva equidad fueran del parecer de admitirlas*”⁴⁴.

Es cierto que, más tarde, Bártolo de Saxoferrato (1313-1357) intentó simplificar la esquematización de la Glosa —no la variedad casuística, por cierto—, señalando que toda oración de carácter privativo de una cualidad natural, sin importar los términos en que se formule —positivos o negativos—, debía ser probada⁴⁵. Además, una frase suya, entregada en otro lugar, perfilará de manera muy precisa la comprensión del problema de la carga de la prueba: “*siempre que la negación es causa de la pretensión de alguno, sea del accionante o sea del ‘excepcionante’, incumbe la carga de probar al que niega*”⁴⁶. Éstas y otras cuestiones

es, la que no tiene determinación de lugar o de tiempo o de otra circunstancia como cuando digo que no fui citado... y tal no se puede probar... [...] pero la negativa de hecho determinada... bien se puede probar por lo menos indirectamente [...] la negativa de hecho envolvente es: cualquier afirmativa implícita... si digo no estoy bajo patria potestad: porque simplemente ya asevero negando que estoy liberado de la patria potestad, y en consecuencia debo probar... Ahora se debe ver la negativa de derecho, y ésta ha de probarse por aquél que la opone. Por ejemplo niego que la emancipación se haya hecho rectamente [...] Pero hay negativa de derecho cuando se niega que algo sea hecho de acuerdo a derecho: como si ha faltado una solemnidad de derecho [...] Queda por ver la negativa de cualidad, la cual hay si alguno dice: no eres bueno, no eres diligente, no eres legítimo, no ha pagado. Aquí ciertamente se niega una cualidad y quien así dice debe probar, pues cualquier cosa se presume idónea si no se prueba lo contrario...”). Cfr. DURANTIS, G. (1494): *Speculum Judiciale cum add. Joan. And. et Bal...*, (Baptiste de Tortis, Venetiis) p. 230 (L. 2, part. 2, *De probationibus. Qui et qualiter debent probare*).

⁴³ “*Remanet ergo haec regula in simplici negativa facti: ut, res ista non est tua, non feci homicidium*”. Cfr. Accursio (2006 pero, Lyon, 1627) (cit. nota 38).

⁴⁴ “*Statuimus, ut positiones negativas (quae probari non possunt nisi per confessionem adversarii) Iudices admittere possint, si aequitate suadente viderint expedire*”. Cfr. BONIFACIO VIII (1613): *Liber Sextus Decretalium* (sumptibus Ioannis Pillehotte, Lugduni) cols. 342 a 344.

⁴⁵ “*...ibi negativa habet in se affirmativam implicitam, quia cum dico, quem non esse sanae mentis, tunc implico eum esse furiosum. Ista glossa non dicitur verum. Omnis enim oratio dicitur negativa, quae est privativa... Unde per quaecumque verba hoc dicant, significam privationem... Et ideo ad solutionem contrarii, dic, quod ibi negatur quaedam qualitas naturalis, quae suam naturam adesse praesumitur, ideo neganti incumbit onus probandi, glossam adsignat plura alia contraria*” (“...aquí la negativa tiene en sí la afirmativa implícita, porque cuando digo, que no es de mente sana, entonces implico que aquél es furioso. Esta glosa no dice la verdad. En realidad toda oración la cual es privativa se dice negativa... Por lo que, por cualesquiera palabras que se digan en esto, significa privación. Y en consecuencia, para la solución de lo contrario di que aquí se niega cierta cualidad natural, que por su naturaleza se presume asistirle, y por tanto al que niega incumbe la carga de la prueba, la glosa asigna muchos contrarios”). Cfr. BARTOLUS DE SAXOFERRATO (2007): *Digestum Vetus in primum tomum Pandectarum commentaria*, 1 (Vico Verlag, Frankfurt am Main) p. 842.

⁴⁶ “*Ubiunque negatio est causa intentionis alicuius sive agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi*”. Cfr. BARTOLUS DE SAXOFERRATO (1574): *In Secundam Digesti Novi Partem, Commentaria...* (Apud Nicolaum Bevilacqua, Augustae Taurinorum) fol. 11 vlt. (D. 45.1.8 n. 5).

expuestas por Bártolo fueron después retomadas por Lanfranco de Oriano (†1488)⁴⁷, para quien la negativa de hecho se subdistinguirá principalmente, por una parte, en negativa pura y simple, y por otra, en negativa por coartada de lugar, de tiempo o por otra razón⁴⁸. Presenta para esto sendas reglas: “*Primera, la negativa mera y simple no es probable, lo cual falla cuando la negativa está unida al sentido* [sc. es perceptible por testigos]. *Segunda regla, la negativa no simple, que alguno opone como fundamento de su intención, o donde la presunción está contra el negante, debe probarse por el mismo negante, de otro modo no prueba*”⁴⁹. Así, contradice la Glosa en cuanto a que la negativa pura y simple sea siempre improbable –pues ello depende de si en cada caso sería o no posible acreditarla por testigos, bajo un criterio que podríamos llamar de *posibilidad* probatoria, que acaso podamos acercar al posterior criterio de *facilidad*–. A su turno, señala que las negativas que no sean simples, no necesariamente son siempre probables, sino sólo cuando sean la causa de la pretensión –como decía Bártolo–, o tengan en su contra una presunción⁵⁰. Incluso, dentro del espectro de estas mismas negativas de coartada que en principio sean probables, ello dependerá de que la circunstancia sea susceptible de ser percibida, y por tanto probada, por testigos –una vez más, aplica el criterio de la *posibilidad*–⁵¹. Además, también contra la Glosa, en

⁴⁷ LANFRANCUS DE ORIANO (1592): *Practica Iudiciaria Super Cap. Quoniam, De Probationibus* (apud Ioannem Gymnicum, Coloniae Agrippinae) pp. 12 a 14.

⁴⁸ “...principaliter duplex est negativa: una est pura & simplex, alia est coartata loco & tempore, vel alia ratione”. Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) p. 12. (cit. nota 47).

⁴⁹ “*Prima, Negativa mera & simplex, non est probabilis, fallit quando negativa est coniuncta sensui. Secunda regula, Negativa non simplex, quam quis opponit pro fundamento suae intentionis, vel ubi praesumptio est contra negantem, debet probari per ipsum negantem, alias non probat*”. Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) p. 13 (cit. nota 47).

⁵⁰ “*Prima secundum gl. tam iuris civilis, quam canonici, est improbabilis... quam sententiam reprobant communiter Doctores dicentes, quod aliquando simplex & pura negativa, est probabilis; veluti, si quis dicat Titium non habere caputium in capite... ista enim est mera negativa, & tamen probatur: ideo sententia gloss. procedit regulariter, videlicet, quod simplex & pura negativa, est improbabilis, fallit quando negativa est coniuncta sensui testis; nam tunc est probabilis. Secunda autem negativa coartata loco, vel tempore, vel coartata ratione: puta, quia habet in se affirmativam, vel alio modo aliquid ponit in esse, illa bene est probabilis, & tunc in ista est fienda distinctio, de qua supra: videlicet quia aliqua est negativa qualitatis, & circa huiusmodi negativam, saepe est solitum dubitare, cui incumbat probatio, an neganti, vel adversario. Circa quod breviter dic, quod opposites negativam, pro fundamento suae intentionis, illam semper negans probare debet... Item opponens negativam, & habens praesumptionem contra se: necesse habet probare illam negativam...*” (“La primera, según la Glosa, tanto en derecho civil como canónico, es improbable... la cual sentencia comúnmente reprueban los Doctores diciendo que a veces la negativa pura y simple es probable; por ejemplo, si alguien dijera no tener Ticio un sombrero en la cabeza... ciertamente ésta es una mera negativa, y sin embargo se prueba: por tanto procede regularmente la opinión de la glosa, esto es, puesto que la negativa pura y simple es improbable, falla cuando la negativa está unida al sentido del testigo; pues entonces es probable. Pero en la segunda, negativa por coartada de lugar, o de tiempo, o por coartada de razón: piensa por ejemplo, porque tiene en sí la afirmativa, o de otro modo da entidad a algo, aquella es en efecto probable, y entonces en ésta debe hacerse distinción, como arriba: esto es, porque alguna es negativa de cualidad, y respecto de la que de este modo es negativa, frecuentemente es dado dudar, a quién incumba la prueba, si al negante o al adversario. Al respecto di brevemente, que oponiéndose una negativa, que es fundamento de su pretensión, siempre debe probar el que niega... También oponiendo negativa, y habiendo presunción en su contra: necesariamente tiene que probar aquella negativa...”). Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) pp. 12 y 13 (cit. nota 47).

⁵¹ “...quod negativa coartata loco & tempore, interdum non est probabilis: veluti coartatio est adeo parva, quod non potest cadere in sensum testis: puta, si probet quem contraxisse hoc anno. Et adversarius probat se fuisse absentem toto illo anno, certe si testes dicant illo fuisse in alio loco toto illo anno, nec potuisse alibi dicto tempore contrahere,

materia de negativa de derecho distingue: "...o se niega algo que es del género de lo permitido, o se niega algo que es del género de lo prohibido. En el primer caso, quien niega el derecho, debe probar aquello: en cambio en el otro caso, cuando es sobre el género de lo prohibido, entonces el negante no prueba, sino que esto corresponde al adversario..."⁵². Por último, asimismo añadirá matices en cuanto a la negativa de cualidad: "...debe decirse o que se niega una cualidad intrínseca natural, o una extrínseca accidental"⁵³. Quien niega una cualidad intrínseca natural, debe probar; en cambio, si se niega una cualidad extrínseca accidental, debe probar el adversario⁵⁴; vale decir, la carga de la prueba es para quien niega una cualidad intrínseca natural, pero se transfiere al adversario si la cualidad es extrínseca accidental⁵⁵.

Este es el marco en que se inserta el Derecho de las Siete Partidas (c. 1265) y su comentario por Gregorio López (1555). La materia aparece en P. 3.14.1-6. En la P. 3.14.1 se lee: "...non es tenuta la parte de provar lo que niega porque non lo podria fazer bien assi como la cosa que non se puede mostrar nin provar segund natura. Otrosi las cosas que son negadas en juyzio non las deven, nin las pueden provar aquellos que las niegan si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes de este titulo". Queda así asentado el principio paulino –pero al menos en esta parte con clara alusión, no al Digesto, sino al caso de la no recepción del dinero en mutuo de C. 4.30.10: "*naturali ratione probatio nulla est*" = "non se puede mostrar nin provar segund natura"–. Del mismo modo se anuncian las excepciones que se

quin sciverit: tale dictum tanquam nullum & impossibile, non probat". ("...puesto que la negativa por coartada de lugar y de tiempo, a veces no es probable: por ejemplo, si la coartada es tan pequeña, que no puede caer en el sentido de un testigo: por ejemplo si el asunto a probar es haber contraído [sc. matrimonio] en este año. Y el adversario prueba haber estado ausente en otro lugar en todo aquel año, ciertamente si los testigos dijieran de éste haber estado en otro lugar en todo aquel año, y no haber podido contraer en otro lugar en dicho tiempo, sin que supiera: tal afirmación es tan nula e imposible, que no prueba") Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) p. 14 (cit. nota 47).

⁵² "...aut negatur aliquid, quod est de genere permissorum: aut negatur aliquid, quod est de genere prohibitorum. Primo casu qui negat ius, illud debet probare: posteriori vero casu, quando est de genere prohibitorum, tunc negans non probat, sed eius adversarius..." Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) pp. 13 y 14 (cit. nota 47).

⁵³ "...est dicendum, aut negatur qualitas intrinseca naturalis, aut extrinseca accidentalis". Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) p. 14 (cit. nota 47).

⁵⁴ "Si negat qualitas intrinseca naturalis, tunc neganti incumbit probatio: ut si dico, Tu non es sanae mentis, mihi probatio incumbit: quia secundum naturam, quilibet praesumitur sanae mentis... Si autem negatur qualitas intrinseca [sic, pero, extrinseca] accidentalis: ut si dicatur, Tu non es Doctor: tunc neganti incumbit onus probandi, scilicet adversario dicenti se Doctorem..." ("Si niega una cualidad intrínseca natural, entonces incumbe al negante la prueba: como si digo, tú no eres de mente sana, la prueba me incumbe a mí: porque según la naturaleza a cualquiera se presume de mente sana... Pero si se niega una cualidad extrínseca accidental: como si se dijera, tú no eres Doctor: entonces al negante incumbe la carga de la prueba, esto es, al adversario que se dice Doctor..."). Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) p. 14 (cit. nota 47).

⁵⁵ "Si tamen semel constitit de tali qualitate, pro ea praesumitur, & in adversarium onus probandi transfertur... Si autem qualitas intrinseca negetur, quae sit conformis actui: neganti incumbit probatio: veluti si dicatur: iste ducatus non est de auro. Nam hic negatur qualitas rei conformis: videlicet aurum, quod convenit ducato: ideo neganti incumbit probatio: alias autem neganti qualitatem extrinsecam, non incumbit onus probandi..." ("Sin embargo, si ya una vez constó tal cualidad, por ello se presume, y se transfiere la carga de la prueba en el adversario... Pero si se niega la cualidad intrínseca, la cual sea conforme al acto: al negante incumbe la prueba: por ejemplo si se dijera: este ducado no es de oro. Pues aquí se niega la cualidad de una cosa conforme: esto es, el oro, que conviene al ducado: por tanto al negante incumbe la prueba: pero para otra cualidad extrínseca, al negante no incumbe la carga de la prueba Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO (1592) p. 14 (cit. nota 47).

indicarán en los pasajes siguientes, respecto de las cuales podemos hacernos una idea general a partir de la glosa hecha por Gregorio López al fragmento transcrito: “Pueden probar aquellos que las niegan: *donde, de la triple negativa, de hecho, de derecho, o de cualidad, dice [sc. la doctrina] de la de hecho que es improbable, a menos que tenga determinación de lugar, o de tiempo, o una afirmativa implícita, porque no son causa de las negaciones*”⁵⁶.

3.4. Seguramente, por su sencillez, la regla habitualmente mentada como “*el que afirma algo, lo debe probar*” puede llamar a engaño, si no se tiene en cuenta que se trata sólo de una abreviación de todo lo señalado hasta aquí. Con ello en mente, podemos avanzar hacia la formación de nuestro precepto codificado, cuyo modelo último en el Derecho romano se encuentra con palmaria evidencia –como ya adelanté–, en C. 4.19.1:

C. 4.19.1:

*Tal como el acreedor se obliga a acreditar el dinero entregado que pide, así a la inversa el deudor, que lo afirma pagado, debe prestar prueba de este asunto*⁵⁷.

Art. 1.698:

Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

3.4.1. La historia próxima de nuestro artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, se desarrolla casi íntegramente a través del trabajo de los juristas del área francesa, si bien finalmente se conecta con el derecho español y toda su tradición. Se debe comenzar por Cuyacio (1522-1590), quien comentó el texto de Paulo, por primera vez, de la siguiente manera:

“...Indistintamente di, ‘al que dice’, ‘al que afirma’. En consecuencia, bien sea el actor, bien sea el demandado: pues también el demandado, ‘que dice’, debe probar una vez opuesta la excepción... La negación no es una excepción: y por tanto de la mera negación, la cual se entiende que no tiene la misma fuerza que una afirmación, no hay ninguna prueba, C. 4.19.8 y 23; y C. 4.30.10”⁵⁸.

Y añadió más tarde:

*“Al que dice’: esto es, quien afirma. ‘No al que niega’: esto es, quien hace inficiatio, quien niega absolutamente. Pues quien niega, incluso si quiere probar, no puede, C. 4.30.10, Cicerón, De partitione oratoria 104: ‘de nada de esto, puesto que niega el hecho, o puede, o debe, o suele dar prueba’, lo mismo en Antonio [Faber, 1557-1624]*⁵⁹. / En la Glosa ‘pero para que veas esto

⁵⁶ “...ubi de triplici negativa facti, iuris, seu qualitatis facti dicit improbabilem, nisi habeat determinationem loci, vel temporis, vel implicitam affirmativam quia negationum non sunt causae”. Cfr. Tercera Partida, en Las Siete Partidas, Andrea Portonariis, Salamanca, 1555, fol. 67 vlt.

⁵⁷ “Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursus debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet”.

⁵⁸ “...Indistincte ait, qui dicit, qui affirmat. Sive igitur actor sit, sive reus: nam & reus, qui dicit, opposita exceptione probare debet... Negatio non est exceptio: & ideo nec negationis merae, cui scilicet affirmatio vi ipsa non inest, ulla probatio est, l. 8 & l. actor, C. de probat., l. asseveratio, C. de non. numer. pecun.”. Cfr. CUJACIUS, J. (1838): *In Libri LXIX Pauli ad Edictum Commentarii seu Recitationes Solemnnes* (en *Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem*, 5, ex Officina Frate. Giachetti, Prati) col. 1310 (L. II.).

⁵⁹ FABER, A. (1623): *De Erroribus Pragmaticorum et interpretum iuris chiliadis*, Pars Prima (sumptibus Samuelis Crispini, Genevae) p. 506 (19.1).

plenamente, y di que es triple)'. *Aquí se estatuye todo el asunto... En verdad, las inficiaciones por la naturaleza de las cosas no pueden probarse, como si el acusado de homicidio, niega. Por lo tanto, quien niega, esto es quien hace inficiatio, aquél niega absolutamente*⁶⁰.

Para Cuyacio, la máxima de Paulo “*el que alega algo, lo debe probar*” –como suele mencionársela–, también se estructura en el eje afirmación-*inficiatio*. Y aflora con claridad que el mutuo, aquí según C. 4.30.10, es su paradigma en materia civil. Ambas cosas ya habían sido dichas de una u otra forma; pero ahora ambos elementos quedaron fijados para la posteridad del contenido de esta regla, gracias a la inmensa autoridad del humanista. Así, sobre esta base, el texto romano sobre la carga de la prueba apenas antes visto, de C. 4.19.1, cobró una importancia fundamental, modélica, en el tratamiento del *onus probandi* –como, por lo demás, ya ocurría también con C. 4.30.10 en relación con la P. 3.14.1–.

De este último texto de Código da cuenta muy exactamente Donelo (1527-1591), y lo pone en relación con la regla paulina:

“(c)uando se pregunta en juicio: quién deba probar, o a quién incumba o la prueba, o la carga de la prueba, al respecto se entrega universalmente esta regla de certeza de derecho: ‘incumbe la prueba al que dice, no al que niega’, D. 22.3.2. En este rescripto se declara no sólo ser verdadera esta regla, sino también ser perpetua, pues igualmente corresponde al demandado no menos que al actor. Y ello se declara con este ejemplo. Por una acción personal alguien pide en juicio 10 mutuos a Ticio, los cuales aquél dice de sí haber dado en mutuo. Esto debe satisfacer y probar el actor, no porque pide dinero, o porque esto sea algo propio de la acción personal; sino porque dice, y por la justa regla arriba escrita, aquel que dice, debe probar. Lo que, sin embargo, debemos entender así, siempre que el demandado Ticio niegue de sí haber recibido el mutuo. Pues si reconoce, la cuestión es concedida, como dijimos al inicio, pues al actor no se exige prueba en una materia confesada... Puesto que si el demandado confeso de la pretensión del demandante (haber recibido en verdad para sí el mutuo), dice sin embargo haber él pagado a aquél; ya esto el demandado lo debe probar, no en cambio por el actor [sc. se debe probar] ser pagado el dinero. No lo haga, a su vez, porque ello sea propio de esa defensa (porque el demandado dice de sí haber pagado aquello), sino que, por la justa regla superior, el que dice debe probar. [...] ...tal vez deba probar uno y otro: el demandante, el dinero por sí entregado, porque dice; y el demandado, el dinero pagado”⁶¹.

⁶⁰ “Qui dicit. id est qui affirmat. Non qui negat. id est, qui inficiatur, qui absolute negat. Nam qui negat, etiam si vellet probare, non posset l. asseveratio C. de non num. pec. Cic. in partitionibus: nemo eius, quod negat factum, aut potest, aut debet, aut solet probationem reddere. Idem in Anton. In gloss. Ubi ut autem hac plene videas, dicque triplex) Hac de re tota sic statuendum est... Verum inficiationes per rerum naturam non possunt probari, ut si accusatus caedis, neget. Ergo qui negat, id est qui inficiatur, is absolute negat”. Cfr. CUJACIUS, J. (1597): *Notae Solemnes in Digestorum seu Pandectarum Libros L...*, (ex Officina Paltheniana, sumptibus Ionae Rhodii, Francofurti) p. 163 (D.22.3.2).

⁶¹ “Cum quaeritur in iudicio: quis probare debeat, seu cui incumbat vel probatio, vel onus probationis, de eo haec regula iuris certi in universum traditur: ei incumbit probatio, qui dicit, non ei qui negat, L. 2. D. eo. Hoc rescripto declaratur, non solum hanc regulam veram esse, sed etiam esse perpetuam, nam pariter ad reum pertinere non minus quam ad actorem. Idque declaratur hoc exemplo. In actione in personam petit aliquis in iudicio 10. mutua a Titio, quae se dicit ei mutuo dedisse. Hoc actor implere & probare debet, non quia pecuniam petit, aut quia hic quicquam sit proprium actionis in personam; sed quia dicit, & iuxta regulam supra scriptam, is qui dicit, probare debet. Quod tamen sic accipere debemus, si modo Titius reus neget se mutuum accepisse. Nam si fatetur, quaestio sublata est, ut initio diximus, nec in re confessa probatio ab actore exigitur... Quod si reus de intentione actoris confessus dicit, se

Por su parte, Jean Domat (1625-1696) va a sintetizar aún más lo expuesto por Donelo en dos lugares. Señala, primero, que

“(e)n las excepciones ha de decirse, que el demandado debe fungir de demandante entre las partes: y satisfacer la misma excepción, como una pretensión: por ejemplo, si se usa una excepción de pacto convenido, debe mostrar haber hecho un pacto convenido, D. 22.3.19 pr. | Porque el acreedor, que pide el dinero entregado, se obliga a satisfacer; así por su parte el deudor que lo afirma pagado, debe prestar prueba de este asunto, C. 4.19.1”⁶².

Y luego retoma este mismo fragmento de su obra en sus *Leyes Civiles en su Orden Natural* 3.6.1.5, añadiendo lo siguiente:

“Como los que presentan las demandas están obligados a dar prueba de los hechos que alegan para fundarla; si por su parte los demandados alegan hechos de los que se sirven como fundamento para sus defensas, deben probarlos. Así un deudor que reconociendo la deuda alegue un pago, debe dar prueba. Y aunque sea demandado, él se considera respecto de ese hecho como demandante”⁶³.

Con todo esto, ya estaba preparada la recepción de la regla de la carga de la prueba por Pothier (1699-1772), quien, después de haber enfrentado las fuentes romanas en sus *Pandectae*⁶⁴, señaló en su *Tratado de las Obligaciones*:

“El que se pretende acreedor de alguno está obligado a probar el hecho o la convención que produjo su crédito, cuando es negado; al contrario, cuando la obligación está probada, el deudor que pretende haberla cumplido está obligado a probar el pago”⁶⁵.

*mutuum quidem accepisse, sed se ei solvisse; hoc iam reus probare debet, non autem actor, pecuniam non esse solutam. Quod rursus non fit, quia id proprium sit huius defensionis, ubi reus se quid solvisse dicit; sed quia dicit, & iuxta regulam superiorem qui dicit, probare debet. [...] ... num uterque probare debeat: actor pecuniam a se numeratam, ut dicit; & reus pecuniam solutam”. Cfr. DONELLUS, H. (1765): *Commentariorum in Codicem Iustiniani*, volumen primum, en *Opera Omnia*, 7 (Typis Joannis Riccomini, Lucae) cols. 1009 a 1011 (C.4.19.1).*

⁶² “IX. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta, si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse l. 19. | Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur; ita rursus debitor qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet. l. I. Cod. de Probat.”. Cfr. DOMAT, J. (1703): *Legum Delectus ex Libris Digestorum & Codicis ad Usum Scholae et Fori* (ex officina Wetsteniana, Amstelaedami) p. 244 (Lib. XXII, Tit. III).

⁶³ “Comme ceux qui Font des demandes sont obligez de faire la preuve des faits qu'ils alleguent pour les fonder; si les défendeurs de leurs part alleguent des faits dont ils se servent pour le fondement de leurs défenses, ils doivent les prouver. Ainsi un debiteur qui reconnoissant la dette allegue un payement, doit en faire preuve. Et quoyqu'il soit défendeur, il est considéré à l'égard de ce fait comme demandeur” (luego, cita el texto transcrito en n. anterior). Cfr. DOMAT, J. (1701): *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2 (Chez Nicolas Gosselin, Paris) p. 354.

⁶⁴ POTHIER, R. J. (1819): *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae, cum Legibus Codicis, et Novellis...*, 4 (Garneri, Fr. Ign. Fournier, Parisiis) p. 276 (Lib. 50., Tit. 17., Sectio 7., Art. 2. §1.MDL).

⁶⁵ “729. Celui qui se prétend créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée; au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée est obligé de prouver le paiement”. Cfr. POTHIER, R. J. (1830): *Traité des Obligations*, en *Oeuvres Complètes de Pothier...*, 1, (ed. Rogron Firbach), (Eugène Crochard, Paris) p. 524.

Este enunciado de Pothier es una evidente generalización que se aplica a toda relación obligatoria; pero, en último término, se refiere al paradigma proporcionado en las fuentes y la historia de la ciencia jurídica por el mutuo, tal como señalaban Donelo y Domat⁶⁶; y, tal como explicaba Cuyacio –quien también tenía en mente el caso del mutuo–, ahora se puede entender de la siguiente forma la regla de Paulo: “*incumbe probar al demandante que afirma, no al demandado que hace infitatio*”. No se olvide tampoco, que ya desde el Derecho romano post-clásico y justiniano, ese límite de la carga de la prueba en la *infittatio* respondía a la interdicción de la prueba diabólica, considerada *contra natura rerum*.

Desde aquí, estamos a un paso de la recepción de Pothier⁶⁷ en el artículo 1.315 del *Code Napoléon*:

“*El que reclame la ejecución de una obligación la debe probar. / Recíprocamente, el que pretenda liberarse, debe probar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación*”⁶⁸.

A manera de breve recapitulación, se puede decir que la regla simplificada como “*el que alega algo, lo debe probar*”, plasmada ahora en el artículo 1.315 del *Code Napoléon*, se funda en la hipótesis de un mutuo respecto del cual las partes se contraponen a través de una afirmación y una negación del tipo conocido como *infittatio*; esto es: un mutuo entregado por el demandante y negado por el demandado –del cual debe dar prueba el demandante–; o, pagado por el demandado y obviamente negado por el demandante –de lo cual debe dar prueba el demandado–.

3.4.2. Por su parte, García Goyena (1783-1855) va a repetir las doctrinas medievales y modernas en su edición del libro práctico conocido como *Febrero Reformado*. Parte desde el principio de que la afirmación es probable, en cambio la negación es improbable; para añadir inmediatamente las distinciones de negativa de derecho, de cualidad y de hecho, con sus correspondientes matices:

4.917 *En juicio, por punto general, la prueba incumbe al actor, porque generalmente funda su intención en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en escepcion negativa improbable. De este principio se deduce la máxima, de que no probando el actor, debe ser absuelto el reo (Ley 1, tit. 14, Part. 3).*

⁶⁶ Vid., acusando la extrema síntesis de POTHIER y recomendando el tratamiento de DOMAT, PLANIOL, M. (1917): *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2, Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Les privilèges et les hypothèques (Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris) p. 2 y n. 1.

⁶⁷ En los Proyectos de Código Civil francés se previó el artículo como 204 y después como 211. Respecto del actual 1.315 se observa una importante diferencia de redacción al inicio. Originalmente se decía “*l'exécution d'une convention*”, lo cual al interior del Consejo de Estado se decidió generalizar por la fórmula actual: “*l'exécution d'une obligation*”. Dicho estado original de la disposición es importante, puesto que, aunque no haya registro explícito de ello, el cotejo hace bastante obvio que el modelo fue el *Tratado de las obligaciones* de POTHIER, ya citado, en que se decía “*le fait ou la convention qui a produit sa créance*”. Vid. FENET, P. A. (1827): *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, 13 (Imprimerie de Marchand du Breuil, Paris) pp. 36, 111, 137, esp. 165, 204, 290, 376, 377 y 440.

⁶⁸ “*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. / Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*”.

4.918 Sin embargo, como la negación misma puede envolver una afirmación, el demandado debe igualmente en este caso probar los hechos que demuestren su negativa...

4.919 Puede decirse pues como regla general que estando consignada la obligación de la prueba sobre el principio de que ha de probar quien de cualquier modo afirma, incumbe esa obligación al demandado cuando su negativa puede resolverse en una proposición afirmativa...

4.920 Generalmente hablando, la negación ó proposición negativa es de tres maneras: de derecho, de cualidad y de hecho.

4.921 La negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho ó no está permitida por él; por ejemplo, que uno no puede ser juez, abogado, testigo, &c. Esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demás medios oportunos que en él no concurre el defecto que se le imputa: debe por consiguiente probarla quien niega (Leyes 2 y 4, tit. 14, Part. 3).

4.922 La negativa de cualidad es aquella por la que se niega concurrir en alguno cierta cualidad. Si esta es de las que todos naturalmente tienen, como capacidad, claridad, entendimiento, falta de mayor edad en la época en que contrajo la obligación &c., debe probarse por el litigante que niega. La negativa en este caso es el fundamento de su intención, y aquella induce una afirmativa que transfiere la obligación de justificar al negante: la presunción está por su contrario, y deberá deferirse á solicitud de éste, aun sin prueba suya, siempre que el que negó la cualidad no probase lo conveniente.

4.923 Si es de las cualidades que competen accidentalmente á alguno y no naturalmente á todos, como por ejemplo la nobleza, el grado de doctor &c., toca la prueba al afirmante: asimismo si dice que es mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino que cada uno es fundamento de su intención.

4.924 La negativa de hecho, que se estima como improbable por naturaleza, es de tres maneras: una pura, simple, absoluta é indefnida: otra que envuelve en sí afirmativa, y otra coartada.

4.925 La primera es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna; como, por ejemplo, la de no haber contraído ó no haber hecho lo que se le imputa. Esto no se puede probar por el negante, y así le basta negar, porque de hecho no se presume (Leyes 1 y 2, título 14. Part. 3).

4.926 La negativa que envuelve en sí afirmativa es, por ejemplo, cuando dijo alguno que no renunció ó no contrajo espontáneamente; pues al mismo tiempo afirma un hecho, la coacción, la violencia que sufrió para renunciar ó para contraer: en este caso incumbe la prueba al que negando un hecho afirma otro implícitamente.

4.927 La negativa coartada es la que induce cierta limitación de lugar, tiempo y circunstancia determinada. Por ejemplo, se imputa á uno una muerte hecha tal día, en tal parte y á tal hora: si niega que estuvo en aquel sitio y en tal ocasión porque no pudo hallarse en él estando en otro, debe probar que á la sazón misma se hallaba en parte distinta, porque su negación se reduce á afirmar esto mismo”⁶⁹.

Más tarde, el mismo García Goyena señaló en el artículo 1.196 de sus *Concordancias*: “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J. (1842): *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo...*, 6 (I. Boix, Madrid) pp. 63 y 64.

⁷⁰ GARCÍA GOYENA, F. (1852): *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, 3 (Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid) p. 203.

Si bien la redacción es original, tuvo expresamente por modelo el artículo 1.315 del *Code Napoléon*⁷¹ –lo cual, por lo demás, se observa a simple vista–. Pero, sin embargo, está muy lejos de ser ésta una recepción mecánica. Al igual que en *Febrero Reformado*, García Goyena motivó su artículo 1.196 en el Derecho romano y castellano; y, con ello, en todo el riquísimo arsenal de la doctrina al respecto –tradición romanista que, en todo caso, también sustenta desde su núcleo a la disposición francesa–⁷². No puede pasarse por alto el orden de las citas romanas que le sirvieron de fuentes, porque la regla de Paulo no es la primera, sino que la antecede precisamente la constitución sobre el mutuo de C. 4.19.1. En realidad, a estas alturas no podría sorprender que el caso de la carga de la prueba en el mutuo aparezca como el vértice de la cuestión, mientras la cita de Paulo queda como un respaldo general:

Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursus debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet, *ley 1, título 19, libro 4 del Código*. Ei incumbit probare qui dicit, non qui negat. In exceptionibus, dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, *leyes 2, 9, y 19, título 3, libro 19 [sic, pero 22] del Digesto: lo mismo en las 1 y 2, título 41 [sic, pero 14], Partida 3, y en la Recopilada 1, título 7, libro 11*.

Al que reclama. *La simple razón dicta que cada cual debe probar el hecho en que funda su intención... leyes 4, título 1, libro 2 del Código, y 1, título 14, Partida 3... [...] Incumbe, pues, la prueba al que afirma, como lo hace el actor en la demanda, y el reo en las excepciones. De la simple negativa: naturali ratione probatio nulla est, ley 10, título 30, libro 4 del Código*. “Non se puede probar nin mostrar segund natura”, *ley 1, título 14, Partida 3*.

Mas puede y debe probarse la negativa, cuando está limitada por las circunstancias de lugar y tiempo, que es lo que vulgarmente se llama coartada. Soy demandado á virtud de un contrato, que se supone haberse celebrado en cierto lugar y dia; ó soy acusado de un delito perpetrado en iguales circunstancias.

Si niego uno y otro, añadiendo que en aquel mismo dia me hallé en otro lugar tan distante de el del contrato ó delito, que fué imposible hallarme presente en el de estos, habré de probarlo; ley 14, título 38, libro 8 del Código.

Niego la legitimidad de uno que pasa por hijo legítimo, ó la validez de un testamento alegando que el testador no estaba en su sano juicio al otorgarlo: habré de probar la ilegitimidad del uno, y la falta de juicio del otro.

*Pero lo cierto es que en estos casos y otros de las leyes Romanas, y de la dos y siguientes, título 14, Partida 5 [sic, pero 3], solo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa*⁷³.

Todo esto es de capital importancia para comprender el contenido de nuestro artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, puesto que en el Proyecto llamado *Inédito*,

⁷¹ Dice: “1315 Frances, 1408 Sardo, 1902 Holandes, 972 de Vaud, 2229 de la Luisiana”. Cfr. GARCÍA GOYENA, F. (1852) p. 203 (cit. nota 70).

⁷² El desarrollo de la tradición romanista es el mismo. Baste con confrontar los contenidos sustancialmente idénticos en dos diccionarios jurídicos-prácticos contemporáneos: De FERRIÈRE, C.-J. (1762): v. “Preuves”, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, 2 (Knapen, Paris) pp. 554 a 556; ESCRICHE, J. (1838): v. “Prueba”, *Diccionario Razonado de Legislacion y Jurisprudencia*, 4 (Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid) pp. 755 a 758.

⁷³ Cfr. GARCÍA GOYENA, F. (1852) pp. 203 y 204 (cit. nota 70).

en su correspondiente artículo 1.882a inciso primero –de la misma redacción que el actual 1.698–, se anotó al pie: “*Goyena, Concordancias, 1196*”⁷⁴.

3.4.3. La demostración de las fuentes del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil ya tendría que ser suficiente para acreditar que toda esta tradición está ínsita en nuestro precepto. Pero, además, tampoco puede olvidarse que el *Artículo final*⁷⁵ del Código Civil dejó expresamente en vigor las normas preexistentes de la prueba de las obligaciones que no fueran contrarias a él –vale decir, todas, pues ninguna es “contraria” sino que todas son “complementarias”–. Puede pensarse que esto perduró sólo hasta la promulgación del Código de Enjuiciamiento Civil, el 1° de marzo de 1903 –lo cual ya es en sí notable⁷⁶. Pero yo no lo creo así. Las normas procesales no tratan la cuestión de la carga de la prueba. Por lo tanto, estas normas preexistentes continúan en vigor. Esto es claro si se observa el *Artículo final*⁷⁷ ahora en el Código de Procedimiento Civil. En el último inciso de ese precepto procesal, se deja expresamente en vigor el Código Civil en lo que no sea contrario; con lo cual, entre otras normas, subsisten tanto el artículo 1.698 como su propio *Artículo final*. Como sea, si se estimara que el Código de Procedimiento Civil sí derogó las normas sobre la carga de la prueba de las obligaciones anteriores al Código Civil, al menos debe concederse que este sustento histórico-dogmático volvería a surgir a través de la interpretación del mismo artículo 1.698.

4. Es necesario observar brevemente, además, cómo ha reaccionado la doctrina frente a las fuentes históricas que sustentan la norma sobre la carga de la prueba.

4.1. Los comentaristas del *Code* que dieron curso a la llamada Escuela de la Exégesis, consideraron las normas de la carga de la prueba y también sus precedentes romanos como “*maximes élémentaires, dictées par la raison*”⁷⁸, o un “*principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois*”⁷⁹; por lo cual, el propio artículo 1.315 del *Code Napoléon* fue entendido tam-

⁷⁴ BELLO, A. (1890): *Proyecto Inédito de Código Civil*, en *Obras Completas*, 13, M. L. Amunátegui (ed.) (Pedro G. Ramírez, Santiago) p. 427.

⁷⁵ “Artículo final. *El presente Código comenzará a regir desde el 1° de enero de 1857, y en esa fecha quedarán derogadas, aun en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan. Sin embargo, las leyes preexistentes sobre la prueba de las obligaciones... sólo se entenderán derogadas en lo que sean contrarias a las disposiciones de este Código*”.

⁷⁶ PEÑAILILLO, D. (1993, pero 1989): *La Prueba en Materia Sustantiva Civil. Parte General* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) p. 8.

⁷⁷ “Artículo final. *La derogación de las leyes preexistentes al 1° de Marzo de 1903, sobre las materias de que trata el presente Código, se rige por el siguiente artículo final del Código de Procedimiento Civil aprobado por la Ley N° 1.552, de 28 de Agosto de 1902: “Desde la vigencia de este Código quedarán derogadas todas las leyes preexistentes sobre las materias que en él se tratan, aun en la parte que no le sean contrarias, salvo que ellas se refieran a los tribunales especiales no regidos por la Ley de 15 de Octubre de 1875. Sin embargo, los Códigos Civil, de Comercio y de Minería, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y las leyes que los hayan complementado o modificado, sólo se entenderán derogados en lo que sean contrarios a las disposiciones de este Código*”. Además, el término “materia” no tiene un valor amplio, pues la comisión quiso, por el contrario, moderar el efecto derogatorio de este Código. Cfr. Actas de la Comisión Mista de Senadores i Diputados (1901) (Imprenta Nacional, Santiago) p. 355.

⁷⁸ TOULLIER, C. B. M. (1818): *Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code Civil*, 8 (Chez B. Warée, Libraire de la Cour Royale, au Palais de Justice, Paris) p. 22.

⁷⁹ BONNIER, E. L. J. (1852): *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel* (Auguste Durand, libraire, Paris) p. 26.

bién como “*un principe de droit naturel*”⁸⁰. Toullier (1752-1835) y Bonnier (1808-1877) exhiben todavía una mayor sensibilidad histórica que la generalidad de sus contemporáneos y, sobre todo, que sus sucesores. Pero, como era propio de la época, no están exentos de un tono crítico hacia las fuentes del *ius commune* que, sea por método o por ideología, muchas veces es injusto. El error de los glosadores habría sido interpretar aisladamente las fuentes romanas que indican que no hay prueba de la negativa por razón natural; pues es posible encontrar casos de negativa en que sí hay prueba. De esta forma, les reprochan haber distinguido, para la determinación de la carga de la prueba, entre “afirmativa” y “negativa”, cuando en realidad –en su opinión– esto es superfluo: se debe distinguir entre “proposiciones definidas” y “proposiciones indefinidas”⁸¹. Es decir, ellos comienzan desde lo que para los glosadores era una subdistinción de las negaciones –“negación indefinida”, etc.–⁸². Lamentablemente, no puedo detenerme a criticar su juicio histórico ni sus propios errores de planteamiento. Sólo me limito a destacar que para llegar a esta conclusión se basaron en la obra de Bártolo –concentrada en la “causa de la proposición”–, a través de Henricus Cocceius (1644-1719)⁸³. Más tarde, Zachariä von Ligenthal (1769-1843), desde su erudito y ejemplar método axiológico, adoptó la misma doctrina al explicar el problema de la

⁸⁰ ROGRON, J. A. (171866 pero, 1825): *Code Napoléon Expliqué*, 1 (Henri Plon, Paris) p. 1469.

⁸¹ TOULLIER, al hilo de la máxima “*factum negantis, probatio nulla sit*”, de C.4.19.23, señala que es una “(m)axime entièrement conforme à la raison. / 17. Mais au lieu d'entendre cette phrase dans ce sens qu'elle présente naturellement, d'anciens glossateurs pensèrent qu'elle en présentait une autre; et en la séparant de ce qui précède, ils crurent que cette loi établissait pour maxime générale que, par la nature des choses, on ne peut prouver une négative, autrement que la preuve d'une négative est impossible. Proposition évidemment fautive in jurisprudence. Ils la limitèrent donc, comme le droit canonique l'a aussi limitée; ils reconnurent qu'on peut prouver indirectement une négative...”. Cfr. TOULLIER, C. B. M. (1818) pp. 22 y 23 (cit. nota 78).

⁸² VON COCCEIUS, H. (Johannes Walman) (1698): *Disputatio de Directa Probatione Negativae* (Literis Christophori Zeitleri, Francofurti ad Viadrum) p. 11 (Cap. 2, Th. 1, § 13).

⁸³ “Aussi d'autres interprètes, à la tête desquels est Bartole, sans s'arrêter à ces distinctions subtiles et obscures, posèrent en principe général que celui qui fonde sa prétention sur une négative, soit en demandant, soit en défendant, doit être chargé du fardeau de la preuve, sans distinguer si c'est une négative de droit, de fait ou de qualité... Enfin le savant Cocceius, dans una dissertation ex professo, a démontré la fausseté de la doctrine des anciens glossateurs... [...] ...on peut prouver même directement une négation indéfinie... pour exemple... Paul n'a jamais prêté cent écus à Pierre... Pierre peut la prouver... directement, en produisant une contre-lettre, en déférant le serment à Paul; indirectement, en prouvant, que Paul a toujours été notoirement dans un tel état d'indigence, qu'il ne pouvait posséder 300 liv.... Sans doute on rencontré des cas où la preuve d'une négative indéfinie est difficile, impossible peut-être; mais cette difficulté ou cette impossibilité est commune aux propositions affirmatives indéfinies. [...] Cocceius a donc raison de conclure... Si indefinita negativa probari non possit, non id inde est, quia negativa, sed quia indefinita: nec affirmativa indefinita possit”, para remarcar señalando que se trata de un “principe fondamental dicté par la raison: C'est à celui qui, soit par action, soit par exception, fonde sa prétention sur une affirmative ou sur une négative, qu'incombe le fardeau de la preuve, sans exception”. La misma idea de la indistinción en proposiciones afirmativas y negativas fue desarrollada por BONNIER: “...sous l'enveloppe d'une négative se cache une affirmation bien tranchée: c'est ce que les anciens docteurs ont appelé, dans leur langage énergique, une négative génératrice, negativam praegnantem... Dans cette classe rentrent les négatives qu'on a appelées négatives de qualité et négatives de droit... [...] ...il y a plus de difficulté pour la négative de fait... [...] ‘Si indefinita negativa probari non possit’, dit Cocceius, ‘non id inde est, quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita possit’. Ainsi, si j'affirme en général que vous avez malversé, sans pouvoir préciser en quoi ni comment, voilà une proposition affirmative qui ne sera pas non plus susceptible de preuve. Et pourquoi? parce qu'elle est indéfinie”. Cfr. TOULLIER, C. B. M. (1818) p. 28; BONNIER, E. L. J. (1852) pp. 29 a 31 (cit. nota 79).

prueba a partir del artículo 1.315 del *Code*⁸⁴. Para ello, tampoco dudó en tratar la cuestión de la mano de las fuentes romanas, aunque se cuidó muy bien –lo mismo hay que decir de Aubry y de Rau, coautores en la edición francesa– de mantener la sustancia del discurso, sobre “*les faits positifs et les faits négatifs*”, sin citar ningún autor anterior a la codificación, sino que economizó citando a Bonnier⁸⁵. Por su parte, algo similar se observa en Baudry-Lacantinerie (1837-1913), quien tiene el mérito de haber convertido el argumento de la *rerum natura* de las fuentes romanas en el de la “*situación normal*” como fundamento de la carga de la prueba⁸⁶. En su discurso, por cierto, no faltó tampoco lugar para las fuentes romanas “*qui sont rigoureusement exactes à la condition d’être bien compris*”⁸⁷. Pero, a pesar del marcado racionalismo y abstracción en sus postulados, tampoco pudo dejar de citar expresamente a Cocceius; si bien, una vez más, sólo a través de una cita a Bonnier⁸⁸. Y lo mismo también puede decirse del trabajo de Planiol (1853-1931), en el tránsito de la superación de la Escuela de la Exégesis, quien igualmente consultó y adoptó la doctrina de Cocceius directamente desde Bonnier⁸⁹.

4.2. Por su parte, prácticamente toda la doctrina civil chilena no es sino una copia de la francesa en este punto. De modo que es perfectamente trasladable aquí todo lo ya señalado. El primero de nuestros tratadistas en abordar la cuestión con cierta amplitud⁹⁰ fue don Alfredo Barros Errázuriz (1875-1968), quien interpretó la norma del Código Civil en-

⁸⁴ ZACHARIÄ VON LIGENTHAL, K. S. (1846): *Cours de Droit Civil Français*, 5 (C. AUBRY; C. Rau, trad.), (F. Lagier, Libraire-Éditeur, Strasbourg) pp. 583 a 587.

⁸⁵ Sobre nuestra regla paulina, dice: “...est indépendante de la nature des faits à prouver, et de l'impossibilité plus ou moins absolue où se trouverait la partie chargée de les établir, d'en rapporter la preuve. Il n'y a notamment aucune distinction à admettre, sous ce rapport, entre les faits positifs et les faits négatifs”. Cfr. ZACHARIÄ VON LIGENTHAL, K. S. (1846) p. 584 y n. 12 (cit. nota 84).

⁸⁶ “Le principe, dont l'art. 1315 n'exprime que des conséquences, c'est que la nécessité de prouver s'impose à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses ou bien à une situation acquise. Rien de plus rationnel”. Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G. (1908): *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, 14 (L. Larose et L. Tenin, Paris) p. 421.

⁸⁷ “Actori incumbit onus probandi; Negantis, naturali ratione, nulla est probatio; Reus in exceptione fit actor. Propositions empruntées aux jurisconsultes romains et qui sont rigoureusement exactes à la condition d'être bien compris”. Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G. (1908) p. 423 (cit. nota 86).

⁸⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, G. (1908) p. 428 n. 1 (cit. nota 86).

⁸⁹ “On dit parfois qu'une proposition négative n'est pas susceptible de preuve. C'est un erreur. Toute proposition négative comporte une proposition affirmative qui lui fait antithèse, et réciproquement, de sorte que l'allégation négative d'un plaideur peut toujours se ramener à un fait positif facile à prouver. Exemple: On conteste à quelqu'un sa qualité de Français. Sous cette forme, la proposition est difficile à démontrer; mais si cette personne n'est pas français, c'est qu'elle a acquis une autre nationalité ou qu'elle a perdu la nationalité française sans en avoir acquise aucune; de toute façon, il y a un fait positif (naturalisation à l'étranger ou déchéance de la qualité de Français), qu'il est possible de prouver directement. / Il existe cependant des propositions dont la preuve est impossible: ce sont celles qui ont un caractère indéfini. Une proposition indéfinie n'est pas susceptible d'une preuve complète, qu'elle soit affirmative ou négative. Dire: je n'ai jamais rencontré telle personne, ou dire: je l'ai rencontrée tous les jours de ma vie, c'est dire deux choses absolument indémonstrables”. Cfr. PLANIOL, M. (1917) p. 3 y n. 3 (cit. nota 66).

⁹⁰ Antes, apenas y se parafraseaba el texto legal. Vid., por todos, GONZÁLEZ, F. (1862): v. “Prueba de las obligaciones”, en *Diccionario de Derecho Civil Chileno* (Imprenta del Comercio, Valparaíso) pp. 354 a 357; LÓPEZ, V. A. (1874): v. “Prueba”, en *Diccionario Razonado de Lejislacion y Jurisprudencia Civil* (Imprenta del Mercurio, Valparaíso) p. 588.

lazándola con la distinción, que venía de época medieval, entre negativa absoluta y negativa que lleva envuelta una afirmación⁹¹. Don Manuel Somarriva (1905-1988), en una obra de comentarios jurisprudenciales, todavía exhibe el criterio de la imposibilidad de probar “*un hecho negativo, que por ser vago e indeterminado no es susceptible de probarse*”⁹². Don Arturo Alessandri Rodríguez (1895-1970), si bien igualmente es escueto y ahistórico en su exposición, tendrá el mérito de dar cuenta de la introducción en nuestra doctrina del fundamento de la “normalidad” desde la obra de Baudry-Lacantinerie⁹³. Pero al tiempo que aparecía la obra de Alessandri, se publicó también el tratado de don Luis Claro Solar (1857-1945)⁹⁴. Éste es de mucho mayor interés, aunque tampoco deje de ser en esta parte una traducción virtualmente literal –de no ser por leves adaptaciones– de un grupo de autores franceses. Básicamente, su exposición comienza por retrotraerse a Pothier como fuente del precepto francés y nuestro, por la intermediación de García Goyena; luego sigue a Baudrie-Lacantinerie, al señalar “*aquel que alega un hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas o bien un hecho que modifica una situación adquirida. La solución que la ley le da es la natural y lógica*”⁹⁵; a continuación sigue al mismo autor⁹⁶ al indicar que “*(e)n el art. 1698 se hallan resumidas implícitamente varias máximas tomadas de las doctrinas de los jurisconsultos romanos que son rigurosamente exactas aun bajo el imperio de nuestro derecho civil con tal que sean bien comprendidas*”⁹⁷; después siguió a Toullier⁹⁸, recurriendo también a Bártolo y Cocceius, en la crítica a la imposibilidad de la prueba en la negativa como la habían defendido los glosadores⁹⁹; pero, además, hizo un muy buen recuento histórico de la tradición romano-

⁹¹ Además de la habitualísima cita de las “máximas romanas” y de la extensión de la norma a otras materias –un *tópos* de la literatura jurídica actual–, encontramos al final una aclaración que nos revela el conocimiento de lo que desde Época Medieval se conoce como *affirmativa praegnans* –que probablemente él conociera a través de la glosa a las Partidas–, pero poco más. “*Aunque el código ha establecido esta regla al tratar de las obligaciones, no obstante ella se aplica á todos los actos jurídicos, de cualquiera clase que sean, porque contiene los principios generales del derecho aceptados en todas las legislaciones y expresados en los antiguos aforismos: Actori incumbit probatio. Reus excipiendo fit actor. Negantis naturali ratione nulla est probatio. / En efecto, como generalmente es el actor ó demandante el que alega la obligación... a él corresponde la prueba de su acción. Como es el demandado quien alega la extinción de la obligación, ó sea la excepción, á él corresponde la prueba de ésta. Finalmente, si el demandado se limita á negar en absoluto la existencia del derecho invocado en su contra, no tendrá nada que probar, porque la negación por su naturaleza no puede probarse, á no ser que lleve envuelta una afirmación...*”. Cfr. BARROS ERRÁZURIZ, A. (1907): *Curso de Derecho Civil*, 1 (Imprenta Cervantes, Santiago) p. 69.

⁹² Cfr. SOMARRIVA, M. (1939): *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia* (Editorial Nascimento, Santiago) p. 108.

⁹³ “*Todos estos principios que dicen que debe probar el que sostiene una proposición contraria al estado normal de las cosas, o el que pretende destruir una situación adquirida, se hallan compendiados, respecto de las obligaciones, en el inciso 1º del artículo 1,698 del Código Civil...*”. Cfr. ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M.; VODANOVIC, A. (1939): *Curso de Derecho Civil*, 1 (Editorial Nascimento, Santiago) p. 476.

⁹⁴ CLARO SOLAR, L. (1939): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones III.*, 12, (Imprenta Nascimento, Santiago) pp. 659 a 666.

⁹⁵ CLARO SOLAR, L. (1939) pp. 659 y 660 (cit. nota 94).

⁹⁶ CLARO SOLAR, L. (1939) p. 661 n. 8 (cit. nota 94).

⁹⁷ CLARO SOLAR, L. (1939) p. 664 n. 12 (cit. nota 94).

⁹⁸ CLARO SOLAR, L. (1939) p. 664 n. 13 (cit. nota 94).

⁹⁹ “*Los glosadores imaginaron este pretendido principio a consecuencia de una falsa interpretación de textos romanos. Su error ha sido reconocido por todos los autores. En general no hay tal imposibilidad de prueba, puesto que se puede probar un hecho negativo, probando el hecho positivo que lo contraría: yo puedo probar que Pedro no es chileno,*

castellana de la norma, en el que recurrió a García Goyena y comentó la P. 3.14.1, para añadir: “*Pero esto no importaba dar por establecida una imposibilidad de probar la negativa... No se trataba, pues, de una imposibilidad absoluta de probar una proposición negativa. En efecto la ley 2 de dicho título se refiere a casos de negativa de calidades o de derechos en que el que niega debe probar su negativa*”¹⁰⁰. Lamentablemente, a pesar de que de esta última parte podría haber extraído importantes consecuencias histórico-dogmáticas, genuinamente pertenecientes a nuestra propia tradición jurídica, a la zaga de la doctrina francesa no avanzó en absoluto en este sentido. Más tarde, don Victorio Pescio Vargas (1902-1968)¹⁰¹ dedicó varias páginas al asunto, pero lo podemos obviar, puesto que, salvo adaptaciones al derecho nacional y una que otra adición, él mismo declara de Baudry-Lacantinerie ser “*(l)os autores a quienes seguimos casi literalmente en esta explicación*”¹⁰². Finalmente, entre los trabajos de relevancia cabe destacar la cuidada obra sobre la prueba en materia civil de don Daniel Peñailillo¹⁰³. Ella es la más completa monografía en la literatura nacional de la segunda mitad del siglo XX y, además, representa una superación del “afrancesamiento”. Entre los múltiples méritos de la obra del Prof. Peñailillo está, además de su erudito conocimiento histórico y dogmático de nuestro precepto, el haber introducido las distinciones de hechos cons-

probando que es francés... [...] 'Pero en lugar de entender esta frase (probatio negantis factum nulla est) en este sentido que presenta naturalmente, dice TOULLIER, los antiguos glosadores pensaron que ella tenía otro, y separándola de lo que la precede, creyeron que esta ley establecía como máxima general que por la naturaleza de las cosas no se puede probar una negativa; en otros términos que la prueba de una negativa es imposible: proposición evidentemente falsa en jurisprudencia. La limitaron, pues, como el derecho canónico la ha también limitado: reconocieron que se puede probar indirectamente una negativa...' | No desconocieron que bajo una cubierta de una negativa, se oculta una afirmación bien categórica a veces; es lo que los antiguos doctores han llamado en su expresivo y enérgico lenguaje, una negativa generatriz, negativam praegnantem. | Dividieron a este respecto las negativas en tres clases: de derecho, de cualidad y de hecho... En cuanto a la negativa de un hecho, distinguieron entre la negativa de un hecho definido, esto es, restringido o determinado por las circunstancias de tiempo, de lugar y otras semejantes; y la negativa de un hecho indefinido, esto es, sin determinación alguna de tiempo, de lugar, ni de otras circunstancias. Reconocían que la negativa de un hecho definido puede ser probada indirectamente... [...] De acuerdo con esta conclusión otros intérpretes, a cuya cabeza debe ponerse a BARTOLUS, sin detenerse en distinciones sutiles y oscuras, establecieron como un principio general que el que funda su demanda en una negativa, sea demandando, sea defendiéndose, debe ser cargado con el fardo de la prueba sin distinguir si se trata de una negativa de derecho, de cualidad o de hecho... Y el sabio Cocceius cuya opinión invocan TOULLIER, BONNIER y otros autores en una disertación escrita ex professo para demostrar la falsedad de la doctrina de los antiguos glosadores, hace ver que la máxima que no se puede y no se debe probar una negativa es contraria a la razón y a los principios del derecho civil; y que hay que reconocer como un principio que se puede probar una negativa aun indefinida; y que el que funda su demanda en una negativa está siempre obligado a probarla, sin lo que el demandado debe ser absuelto. | Hay sin duda casos en que la prueba de una negativa indefinida es difícil y se presenta casi como imposible; pero esta dificultad o imposibilidad se presenta también en las proposiciones afirmativas indefinidas. Por eso decía COCCEIUS que si no se puede siempre probar una proposición negativa indefinida, no es porque sea negativa, sino porque es indefinida, y que una afirmación indefinida no es menos difícil de probar: Si indefinita negativa probari non potest, non id inde est quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita possit”. Cfr. CLARO SOLAR L. (1939) pp. 663 a 666 (cit. nota 94).

¹⁰⁰ CLARO SOLAR L. (1939) p. 666 (cit. nota 94).

¹⁰¹ PESCIO, V. (1948): *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba*, 2 (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) pp. 325 a 327, 333 y 334.

¹⁰² PESCIO, V. (1948) p. 327 y n. 451 (cit. n. 101).

¹⁰³ PEÑAILILLO, D. (1993 pero, 1989) pp. 45 a 66 (cit. nota 76).

titutivos, impeditivos, modificativos y extintivos, con base en Chiovenda (1872-1937)¹⁰⁴; y, bajo el título de teorías normativas, haber dado noticia de las doctrinas de Rosenberg (1879-1963) y de Micheli (1913-1980)¹⁰⁵. En todo caso, me parece que es inexacta su opinión —a causa de su aceptación, al menos como punto de partida, de los postulados de la doctrina francesa—, al declarar sin más “*abandonados*” (!)¹⁰⁶ los tratamientos precodificados de la negativa.

4.3. Simplemente aquí quiero remarcar que los autores que trabajaron respecto del artículo 1.315 del *Code*, y su recepción por los nuestros en relación con el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, no pudieron dejar de consultar y dialogar, directa o indirectamente, consciente o inconscientemente, no sólo con las fuentes romanas —lo cual es más evidente—, sino también con la doctrina del *ius commune*. Y si ello ha sido posible, es por dos circunstancias. La primera, porque gracias al carácter *doctrinal* de aquel Derecho precodificado, éste no presenta categorías rígidas sino opiniones prudentiales; lo cual permite articularlas con la labor del intérprete actual. Y la segunda, porque el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil no es una norma rígida, sino un tipo abierto, de necesaria interpretación —y en que la vitalidad de las fuentes históricas es tanto más acendrada que en otras similares del Derecho comparado, por el propio reenvío de nuestro Código Civil—. La cuestión es que, sin la tradición histórica, que vale por su dogmática y no por su sola precedencia temporal, las nuevas interpretaciones no tendrían ni *ratio* ni pertinencia: ni siquiera se podrían entender. El espejismo de la doctrina radica, por tanto, en no ver que sólo gracias al conocimiento encontrado en las obras anteriores a la codificación se pudo continuar el desarrollo doctrinal por los juristas de los códigos civiles; quienes tomaron aquellas fuentes y obras como punto de referencia, ya sea para adoptar algunas cuestiones, ya sea para contradecir otras y extraer desde allí —no *ex nihilo*— ideas nuevas. En todas ellas se debe respetar la situación básica de la carga de la prueba bajo el paradigma del mutuo y el eje de la tensión afirmación-*infitiatio*, que presenta por límite la interdicción de la prueba diabólica. En efecto, la cadena de esquemas explicativos para justificar la asignación de la carga de la prueba, que hemos visto sucintamente hasta aquí, podría abreviarse de la siguiente forma: *negativa indefinida; proposición indefinida; situación normal*. Pero, por cierto, la secuencia

¹⁰⁴ PEÑAILILLO, D. (1993 pero, 1989) pp. 53 y 54 (cit. nota 76). Sin embargo, la doctrina propiamente chiovendana, de hechos “constitutivos”, “impeditivos” y “extintivos”, ya aparece en los comentarios de jurisprudencia de don Emilio RIOSECO. Si no he puesto a este último como su introductor en la doctrina chilena, es porque sólo recoge la jurisprudencia sin ambicionar la realización de una obra doctrinal sino sólo de una “*obra informativa*”. Él mismo comienza así: “*Este libro no representa un trabajo de investigación*”. Dice seguir las pautas de SOMARRIVA; si bien en esto pecó de modesto, pues este último no presenta en parte alguna este criterio de interpretación para la carga de la prueba. Así, doctrinalmente no es RIOSECO quien propiamente se encargó de explicar y dar cuerpo a estos criterios entre nosotros, sino que sólo los aplicó al hilo de sus comentarios —según los cuales, esta doctrina ya aparece en una sentencia de 8 de julio de 1941 de la Corte de Apelaciones de Santiago—. En consecuencia, el mérito doctrinal permanece en el Prof. PEÑAILILLO; aunque el Prof. RIOSECO no pueda ser omitido. Cfr. SOMARRIVA, M. (1939) pp. 105 a 127 (cit. nota 92); RIOSECO, E. (1958): *La Prueba ante la Jurisprudencia (Derecho Civil y Procesal Civil). Parte General y Reglas Comunes* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) pp. 7 y 29 a 67 (esp. pp. 29 a 31).

¹⁰⁵ PEÑAILILLO, D. (1993, pero, 1989) pp. 54 a 56 (cit. nota 76).

¹⁰⁶ PEÑAILILLO, D. (1993, pero, 1989) pp. 81 a 83 (cit. nota 76).

podría continuarse. Para Chioventa¹⁰⁷, por su parte, la tensión ya vista se expresa en términos lógicos en su distinción de hechos “constitutivos”, “extintivos” e “impeditivos”: los “extintivos” son el opuesto lógico a los “constitutivos”, y los “impeditivos”, el complemento de ocasión que condiciona a los “constitutivos” –que funcionan como la causa–. Rosenberg¹⁰⁸ sentó su teoría normativa por contraste con la teoría de la negativa¹⁰⁹, y fijó la carga de la prueba según el supuesto de hecho de la norma, si bien no pudo sino ceder a la doctrina de Micheli¹¹⁰ sobre la indispensable consideración de la concreta contraposición de las partes en juicio –volveré a esto más abajo al tratar el artículo 294 del Proyecto–. Así, la espléndida obra de este último tampoco se entiende de otro modo que por la contraposición de las partes, en el sentido casuístico de la regla de juicio, cuando él se propone explicar “*en qué límites la afirmación de las partes en sede de prueba tengan como su correlato el poder de las partes de probar el objeto de la afirmación*”¹¹¹. Por último, Taruffo presenta una tensión jurídica y epistemológica, pero siempre en el supuesto de hallarse dos partes en contradicción: “*(e)sas reglas están, por otra parte, en consonancia con la lógica de la hipótesis y de la confirmación (y no con la lógica que sostiene que lo que no se demuestra verdadero es falso): en efecto, el actor que no prueba el hecho constitutivo pierde, pero nadie piensa que haya sido probada la falsedad de la hipótesis sobre el hecho formulada en sus alegaciones. Simplemente, y realísticamente, la ley impone al juez que tome en cuenta la permanencia de la incertidumbre sobre el hecho constitutivo y extraiga las consecuencias que la propia ley considera –por razones jurídicas, no lógicas– más oportunas sobre la base de la dimensión subjetiva de la controversia*”¹¹². Por supuesto, esta evolución no es un avance sin retorno –en eso se distinguen las Humanidades de las ciencias naturales–. Hay un *continuum* dogmático, una secuencia de ideas entrelazadas que van y vienen sin que ninguna pierda total vigencia ni pueda tenerse por superada del todo. Por ejemplo, vimos que Taruffo todavía habla de hecho “constitutivo” –por imposición del artículo 2.697 del *Codice Civile*–. Pero ésta es una clasificación teórica y prácticamente discutible, por cuanto basta, por ejemplo, que en una prescripción adquisitiva se invoque un hecho como la inactividad del dueño, para que dudemos sobre su consideración como hecho “impeditivo”, o “extintivo” o, también, “constitutivo”. Con lo cual, esta manera de disponer los elementos en juego no resulta del todo convincente¹¹³. El artículo 1.698 inciso primero del Código Civil es, en síntesis, la llave de entrada hacia un

¹⁰⁷ CHIOVENDA, G. (1966): *Principi di diritto processuale civile* (Jovene, Napoli) p. 788. Vid. ANDRIOLI, V. (1967): v. *Prova* (Diritto Processuale Civile, IV. L'Onere della Prova), en *Novissimo Digesto Italiano*, 14 (UTET, Torino) pp. 292 y 293 [=Idem, *Studi sulle prove civili*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 88].

¹⁰⁸ ROSENBERG, L. (1923, pero 1900): *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung* (O. Liebmann, Berlin) p. 122.

¹⁰⁹ PRÜTTING, H. (2010): “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio” (trad. A. Pérez Ragone), *Ius et Praxis* 16.1 p. 458.

¹¹⁰ MICHELI, G. A. (1966, pero 1942): *L'onere della prova* (Cedam, Padova) p. 140.

¹¹¹ Cfr. MICHELI, G. A. (1966, pero 1942) p. 117.

¹¹² TARUFFO, M. (2002, pero orig. 1992): *La prueba de los hechos* (trad. J. Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, Madrid) pp. 247 y 248.

¹¹³ GUASP, J.; ARAGONESES, P. (2002): *Derecho Procesal Civil*, 1 (Civitas, Madrid) pp. 348 y 349.

amplísimo abanico de posibles distinciones indispensables; pues lo cierto es que ni siquiera actualmente se cuenta con un criterio satisfactorio e indiscutible en la materia¹¹⁴.

4.4. El Prof. Nieva nos ha dado precisamente un testimonio de esta pervivencia de doctrinas al traer a colación a Martinus De Fano († 1272): *Tractatus Qualiter Negativa Probetur*¹¹⁵ –cuestión sobre la cual ahora regreso–. Apunta el Prof. Nieva que la cita de referencia a De Fano hecha por Lessona es incompleta¹¹⁶, cosa que es cierta¹¹⁷. Pero además, puedo añadir, el insigne procesalista italiano¹¹⁸ confunde a Henricus von Cocceius (1644-1719)¹¹⁹, cuya obra llegó a ser muy influyente –como se ha visto–, con su hijo Samuel von Cocceius (1679-1755)¹²⁰; quien elaboró su propia obra teniendo en general a la vista la de Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678)¹²¹ y, en la materia que ahora interesa, la de Hen-

¹¹⁴ GUASP, J.; ARAGONESES, P. (2002) p. 348 (cit. nota 113).

¹¹⁵ DE FANO, M. (1578): *Tractatus qualiter negativa probetur, en Tractatus de probanda negativa, quis scilicet teneatur probare negativam, et quibus modis negativa probetur, duorum Clarissimorum Iuriconsultorum Francisci Herculani Perusini, et Martini de Fano. Quibus ea quae ad hanc materiam spectant, exactissime & absolutissime tractantur & explicantur* (apud Ioannem Gymnicum, Coloniae Agrippinae) pp. 261-272.

¹¹⁶ NIEVA (2011) p. 11 n. 59 (cit. nota 5).

¹¹⁷ Cfr. LESSONA, C. (1928, pero orig. 1894): *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o Exposición Comparada de los Principios de la Prueba en Materia Civil y de sus Diversas Aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.*, 1 (trad. E. Aguilera de Paz, Editorial Reus, Madrid) p. 178.

¹¹⁸ LESSONA, C. (1928, pero orig. 1894) p. 176 n. 3 (cit. nota 117).

¹¹⁹ VON COCCEIUS, H. (Johannes Walman) (1698) *passim*, esp. p. 38 (cit. nota 82): “33. *Hujus vero generis innumeri casus referri possent, qui per universum jus sparsi, passim in legibus occurrunt, & aliqua parte recensentur a Fr. Hercul. & Mart. De Fano in tract. de Prob. neg. Sed iis quae hactenus tradita sunt effectum putamus, ut supervacua sit casuum, quibus neganti imponitur onus probandi, ulterior relatio: quippe quorum omnium in eo versatur ratio, quod vel intentio ejus in negativa fundata sit, vel praesumptio juris, in qua pars altera intentionem fundat, onus hoc probandi in negantem transtulerit: ut adeo nihil supersit, quam ut recte haec duo definiantur: in quo constet vera ratio intentionis, & quae jure praesumantur...*”. (“33. En realidad pueden ser referidos innumerables casos de este género, que el derecho ha esparcido por el universo, que en las leyes ocurren por todas partes, y en alguna porción se reseñan por FRANCISCUS HERCULANUS Y MARTINUS DE FANO en el Tratado de la prueba de la negativa. Pero creemos que aquellos que hasta ahora son traídos, sean efecto de la sobreadundancia de casos en que se impone al negante el peso de la prueba, [sc. y presenten] una relación posterior: ya que de todos ellos en esto versa la razón, que o la pretensión de éste esté fundada en la negativa, o la presunción de derecho, en la cual la otra parte funda la pretensión, por ello el peso de la prueba se transfiere en el negante: y por tanto nada permanezca, para que rectamente se definan estas dos: en la que conste la verdadera razón de la pretensión, y la que se presuma en derecho...”).

¹²⁰ VON COCCEIUS, S. (1779): *Ius Civile Controversum*, 2 (Sumtibus Societatis, Francofurti et Lipsiae) pp. 90 a 107 (Lib. XXII. Tit. III. *De Probationibus*).

¹²¹ “26... *Breviter itaque distinguitur inter Negationem puram, simplicem, generalem & indeterminatam, & inter negationem tempore locoque circumscriptae ac praegnantem. Prima dicitur, si quis simpliciter neget & indeterminate, e. g. pecuniam numeratam esse; hujus per rerum naturam nulla est probatio, & de hac dd. ll. accipiendae. add. D. Cocceji Disp. de directa probat. negativ...* 29. *Regula igitur restringenda est, (1.) ad Negationem puram, simplicem & determinatam, & vi hujus distinctionis ad omnia contraria responderi potest, ut non opus sit confugere ad negationes Juris & facti. (2.) Restringitur ad probationem, quae fit per Testes: Nam ex instrumento, sive scriptura, simplex & pura interdum probari potest, e. gr. si quis in apochis confessus fuerit, se pecuniam recepisse, & Titium ex nulla alia causa sibi obligatum esse...* FRANC. HERCULANUS, & MART. DE FANO, sing. tr. de probanda negativa” (“26... Y así, brevemente se distingue entre negación pura, simple, general e indeterminada, y entre negación circunscrita por tiempo y por lugar y envolvente. Primero se dice, si quien niegue simple e indeterminadamente, por ejemplo estar entregado el dinero; de esto no hay prueba por la naturaleza de las cosas, y respecto de

ricus¹²². Esto parece haber provocado –aunque es una impresión mía, pues no hay expresiones positivas al respecto–, que el Prof. Nieva tampoco consultara a Cocceius padre, sino sólo la obra de su hijo¹²³. Como sea, el Prof. Nieva¹²⁴ propone como un verdadero precursor de la “facilidad probatoria” a Martinus de Fano¹²⁵, cuya doctrina no habría sido recibida por ser “muy complicada”. Pero esto cuesta aceptarlo tal cual. Ante todo, es problemático atribuir este texto a él, por cuanto difícilmente puede datarse en el siglo XIII. El tratado constituye una refutación a las simplificaciones de Bártolo de Saxoferrato y, además, en el propio fragmento recordado se cita a Baldo de Ubaldis (1327-1400); todo lo cual hace obviamente imposible la datación y, por tanto, la atribución de autoría. Por otra parte, la obra misma sí fue aceptada en distintos de sus puntos por la doctrina sucesiva. En este sentido, hay que citar, en primer lugar, otro tratado publicado conjuntamente con el de De Fano, en una misma encuadernación, de autoría de Franciscus Herculanus Perusinus (1541-1569): *Tractatus Quis Teneatur Probare Negativam, et Quibus Modis Negativa Probetur*¹²⁶. Además, desde esta perspectiva general puede citarse, también, precisamente a Henricus von Cocceius, a Wolfgang Adam Lauterbach y a Samuel von Cocceius. Es cierto, en todo caso, que no tuvo mayor influencia en el punto preciso del caso de “facilidad” que propuso, aunque tampoco se puede decir que no la haya habido en absoluto; pues en el siglo XVII,

estas leyes aceptadas añade a COCCEIUS, Disputación de la prueba directa de la negativa... 29. Por tanto, hay que restringir la regla, (1.) para la negación simple, pura y determinada, y por la fuerza de esta distinción puede responderse a todas las contrarias, para que no sea necesario recurrir a las negaciones de Derecho y de hecho. (2.) Se restringe para la prueba, que se hace por testigos: Pues por instrumento, sea escritura pura y simple, a veces se puede probar, por ejemplo, si alguno hubiera confesado en documento, haber recibido el dinero para sí, y no estar TICIO por ninguna otra causa obligado a sí... FRANCISCUS HERCULANUS, Y MARTINUS DE FANO, sendos tratados sobre la prueba de la negativa”). Cfr. LAUTERBACH, W. A. (1743, ed. nova): *Collegium Theoretico-Practicum a Libro Vigesimo Pandectarum*, Pars Secunda (Sumptibus Jo. Georgii Cottae, Tubingae) pp. 228 a 230 (Lib. XXII. Tit. III. *De Probationibus & Praesumptionibus*).

¹²² Lo cita como su “Señor Padre”: “Dn. Parent. de Directa prob. negat.”. Cfr. VON COCCEIUS, S. (1779) p. 98 (cit. nota 120).

¹²³ Cfr. NIEVA, J. (2011) p. 11 n. 59 (cit. nota 5).

¹²⁴ Cfr. NIEVA, J. (2011) pp. 11 y 12 (cit. nota 5); *El Mercurio Legal*, “Encendida discusión sobre la reforma procesal civil en la UC”, p. 2 (cit. nota 1).

¹²⁵ “Quarto fallit, quando illud quod negatur, esse quodmodo impossibilis probationis quo ad ipsum negantem, et facilis probationis quo ad adversarium. exemplum, si teneris mihi quolibet anno pro anima patris dicere unam missam, nam si allego te non dixisse hoc anno, impossibilis mihi esse talis probatio, et quo ad te facilis probatio censetur, merito tibi tale onus incumbit propter facilitatem. ad hoc induco Bald. in l. cum mulier in sua repeti solu matri.” (“Cuarto, falla, cuando aquello que se niega es de tal modo que es de imposible prueba al mismo negante y de fácil prueba al adversario. Un ejemplo, si me estuvieras obligado a decir una misa en cualquier momento en el año por el alma de mi padre, pues si alego que tú no las has dicho este año, para mí es imposible tal prueba, y lo cual a ti se considera de fácil prueba, por tal mérito te incumbe a ti la carga en razón de la facilidad. Esto induzco por Baldo, D. 24.3.55”). Cfr. DE FANO, M. (1578) p. 264. (cit. nota 115).

¹²⁶ HERCULANUS, F. (1578): *Tractatus Quis Teneatur Probare Negativam, et Quibus Modis Negativa Probetur*, en *Tractatus de probanda negativa, quis scilicet teneatur probare negativam, et quibus modis negativa probetur, duorum Clarissimorum Iurisconsultorum Francisci Herculani Perusini, et Martini de Fano. Quibus ea quae ad hanc materiam spectant, exactissime & absolutissime tractantur & explicantur* (apud Ioannem Gymnicum, Coloniae Agrippinae) pp. 3-261.

Antonius Anselmo¹²⁷ recogió el mismo caso y la correspondiente doctrina, si bien sin citarlo para nada. En cualquier caso, tampoco parece convincente que su tesis no haya tenido éxito por ser “muy complicada”; pues ninguna teoría en la materia podría haberse calificado de simple. Basta con observar la obra de Franciscus Herculanus, en la cual se hace un recuento de 54 casos diferentes en que corresponde probar hechos negativos.

Pero veamos el asunto de fondo. Respecto de De Fano, dice Lessona: “*Esta solución, inspirada ciertamente en la equidad, es rechazada por las leyes modernas. / Nuestro legislador, como se ha visto, al atribuir la obligación de la prueba fijó sólo en el criterio de quién sea el que la alega y no en el de la mayor facilidad de la prueba misma. Y sólo la adopción de este criterio hace imposible la teoría contraria, porque la imposibilidad de la prueba del hecho negativo indefinido no deriva de su carácter negativo, sino de su carácter indefinido... [...] El principio señalado por nosotros es inconcuso en la doctrina moderna y ha sido confirmado muchas veces por la jurisprudencia; lo que no impide que sea lícito al Magistrado en su apreciación de las pruebas, satisfacerse con pruebas menos rigurosas en su efecto, cuando se trata de hechos negativos, justamente a causa de la suma dificultad de dar una prueba apodictica*”¹²⁸. A ello replica correctamente el Prof. Nieva¹²⁹, señalando que la equidad es siempre el fundamento de las excepciones a la regla básica de la carga de la prueba. Yo estoy de acuerdo con esto último –aunque no hablo propiamente de “excepción” a la regla, sino de aplicación abierta “*contrario sensu*”–. Rescato de Lessona, eso sí, la distinción entre carga de la prueba –que se produce cuando no hay pruebas– y valoración de la prueba –que se produce cuando sí las hay–, pues, en efecto, la cuestión de la facilidad podría confundirse en ciertos casos concretos y trasladarse de un lugar a otro como si éstas fueran materias equivalentes¹³⁰. En fin, ciertamente tampoco coincido con la doctrina de De Fano, pero me parece que no es cierto que legislación actual excluya *a priori* estos razonamientos –es decir, el criterio de la posición de la parte no excluye *per se* la consideración de la facilidad–. No es que la teoría de De Fano no pueda articularse con nuestros preceptos. Pues, de hecho, ha trabajado con las mismas fuentes romanas que están en sus bases¹³¹; y, asimismo, podríamos encontrar en otros autores que he revisado aquí –por ejemplo, Lanfranco de Oriano, Toullier, Bonnier o Zachariä–, criterios que se pueden remitir a la “facilidad” o a la “dificultad”; y, es más,

¹²⁷ ANSELMO, A. (1671): *Consultationes seu Resolutiones et Advisamenta Diurna...* (apud Petrum Bellerum, Antuerpiae) p. 68 (*Consultatio* 30.13 final).

¹²⁸ Cfr. LESSONA, (3)1928, pero orig. 1894), pp. 178 y 179 (cit. nota 117).

¹²⁹ Cfr. Nieva (2011) p. 12 (cit. nota 5).

¹³⁰ ROSENBERG, L.; SCHWAB, K. H.; GOTTWALD, P. (16)2004): *Zivilprozessrecht* (Verlag C. H. Beck, München) p. 784.

¹³¹ El examen histórico de LESSONA reitera los tópicos franceses ya vistos, y esto determina fuertemente su perspectiva. Insiste en exagerar los errores de los glosadores, a quienes, en su análisis, sólo defendieron De Fano y Herculano dentro de la literatura posterior –en la que considera, y prefiere, a Bártolo y Cocceius–: “*Los glosadores, examinando aisladamente las proposiciones probatio non incumbit cui negat; per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit; negantis naturali ratione probatio nulla est, y, por otra parte, interpretando los textos en los cuales hay obligación de la prueba de los hechos negativos, concluyeron distinguiendo la negativa de cualidad, la negativa de derecho y la de hecho... [...] Si el hecho está definido por circunstancias de tiempo y de lugar (negativa coarctata loco et tempore), entonces... puede y debe prestarse. / Si el hecho es indefinido, entonces su prueba es imposible*”, y cita después el fragmento de DE FANO. Cfr. LESSONA (3)1928, pero orig. 1894) pp. 176 n. 3 y 177 (cit. nota 117).

este criterio forma parte del argumento central del propio Prof. Nieva: ninguno de ellos, por cierto, ha intentado arremeter contra el sistema de carga probatoria, sino que han pretendido razonar dentro de él. El problema de De Fano es otro. Simplemente ha razonado mal –lo digo por comodidad, a sabiendas de incurrir en una anticipación histórica–. Digamos, en términos actuales, que si quienes alegan la existencia o la extinción de la obligación deben dar sendas pruebas de ello, entonces en el ejemplo de De Fano es obvio que una vez aceptada por las partes la obligación de “hacer una misa”, es al demandado a quien le corresponde probar “que la hizo”. Así, éste no es un problema de “facilidad” probatoria. Pero de aquí hay que extraer otra consecuencia: al menos este caso no ayuda en nada al argumento del Prof. Nieva. Por otra parte, para no dar una imagen parcial del pensamiento de la época hubiese sido deseable haber recordado que, en la misma publicación, Herculanus decía: “...en realidad la dificultad disminuye el derecho de la prueba ordinaria, pero no lo excluye”¹³². A esto añadido al margen, que si “no lo excluye”, el problema deja de ser de carga y pasa a ser de valoración de la prueba; éste es un error común, hoy, al hablar por ejemplo de la negativa del padre a practicarse exámenes biológicos para la determinación de la filiación, según el artículo 199 inciso cuarto del Código Civil. Como sea, volviendo al asunto, todo lo visto nos permite mostrar nuevamente la fluidez en la discusión entre autores de las más diversas épocas. Pero, por su parte, el Prof. Nieva, queriendo resaltar la importancia de la incorporación en España de la facilidad probatoria en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el año 2000, dice: “Hasta ese precepto, la práctica judicial había ido siguiendo a tranca y barranca el estricto redactado del artículo 1.214 del Código Civil, que expresaba la regla básica vigente en los ordenamientos antes referidos, y que a su vez tenía como antecedente una antiquísima tradición histórica, seguida en general por la Doctrina medieval y moderna, y que simplemente estaba basada en una frase del Codex de Justiniano”¹³³. No necesita agregar ya nada para decir que esto es lisa y llanamente falso.

5. Nótese que, bien vistas las cosas, el único contenido positivo directo, explícito, del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, encuentra su núcleo –digamos técnicamente, su *ratio*– en el eje de la tensión afirmación-*infittatio* que se produce tanto en la controversia por la constitución como por el pago de un mutuo; a lo cual se suma por extensión y por analogía todas las situaciones que sean susceptibles de ello –correspondan al derecho de obligaciones, o no–. Pero, también, *sensu contrario* –esto es, en todo aquello que no quepa ni por extensión ni por analogía en la hipótesis positiva de la norma–, el artículo 1.698 constituye un tipo abierto en virtud de la inmensa cantidad de supuestos que está llamado a satisfacer. Todo esto, siempre con el límite externo de no imponer una prueba diabólica. Es decir, no existe una carga de la prueba que esté fijada *a priori* para todos los casos. Ello, dado que nadie discute que nuestro artículo se aplica a toda la materia civil¹³⁴; de modo que, al no ser ésta homogénea, muchas veces es imposible la aplicación directa y no queda

¹³² “...difficultas vero minuit ius ordinariae probationis, sed non tollit”. Cfr. HERCULANUS, F. (1578) p. 43 (l. 17) (cit. nota 126).

¹³³ NIEVA, J. (2011) p. 12 (cit. nota 5).

¹³⁴ Vid., para el derecho chileno, BARROS ERRÁZURIZ, A. (1907) p. 69 (cit. nota 91); ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M.; VODANOVIC, A. (1939) pp. 472 y 473 (cit. nota 93); CLARO SOLAR, L. (1939) p. 659 (cit. nota 94);

otro camino que la aplicación de distintas operaciones interpretativas. El artículo 1.698, llamado a aplicarse “al revés y al derecho” para colmar el terreno que le corresponde, es por ello uno de los más ricos en sus posibilidades herméticas dentro del Código Civil. Y el núcleo “afirmación-*infitiatio* en el mutuo” es, por así decir, el punto de anclaje indiscutido, que evita la posibilidad de diletar sin rumbo en la interpretación.

En consecuencia, la regla del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, que indica que la prueba de las obligaciones y su extinción incumbe al que alega aquéllas o ésta, no es rígida. Esto es claro, por ejemplo, en el caso de accionarse por los vicios ocultos en la compraventa. El demandante-comprador alega “no haber pago” –pues éste debe ser íntegro y exacto para ser tal–, debido a la presencia de vicios ocultos al tiempo de la venta. Así es que, si se aplicara el precepto sobre la carga de la prueba del Código Civil estrictamente, le bastaría probar la existencia del contrato de compraventa para que todo el peso de la prueba del cumplimiento de la obligación –incluida la ausencia de vicios en la cosa–, recayera en el demandado-vendedor. Sin embargo, a nadie cabe duda de que esto no es así. Por el contrario, es el demandante-comprador quien debe probar la existencia de vicios. Esto no sólo es así en nuestro Derecho¹³⁵, sino que ya ocurría en el Derecho romano¹³⁶ y en el castellano¹³⁷. Con lo cual, no se trata de un caso “excepcional”, en contraste con la coordinación interna de nuestras normas positivas; y, aunque así lo fuera, no hay necesidad de ninguna norma expresa que altere la carga de la prueba. Dicho sea de paso, la única teoría que se muestra inmediatamente clara para justificar la carga de la prueba en esta hipótesis, es aquella medieval que arranca desde la negativa de cualidad (de la cosa, por viciosa); pues las demás aparecen como incorrectas o, al menos, ambiguas: la teoría de la normalidad, elaborada para respaldar el tenor del artículo 1.315 del *Code*, terminaría contradiciéndolo –ya no sería normal que el deudor pruebe el pago–; la del hecho “impeditivo” –la cosa viciosa no sirve para cumplir la obligación del vendedor–, supondría que el “constitutivo” ha sido la entrega de la cosa, pero si esto no es pago, como no lo es, no se entiende cómo podría “constituir” algo en Derecho. Asimismo, podemos citar el ejemplo del artículo 493 del Código del Trabajo, por el cual, presentados por el trabajador indicios de haberse violado derechos fundamentales, debe el empleador probar el fundamento de las medidas adoptadas y su proporcionalidad¹³⁸. Ésta, en

PESCIO, V. (1948) p. 325 (cit. nota 101); PEÑAILILLO, D. (1993 pero, 1989) p. 56. (cit. nota 76). Para el Derecho comparado, por todos, ANDRIOLI, V. (1967) p. 192 [=Idem (2008) p. 86] (cit. nota 107).

¹³⁵ Vid., por todos, *Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, N° 1009-2012, de 24 de julio*, *LegalPublishing*, cita on line: *CL/JUR/1492/2012; N° identificador: 62169*.

¹³⁶ Cfr. D.21.1.14.10; 21.1.48.4. Vid., por todos, con la bibliografía allí citada, KASER, M. (1963): *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, en *Mélanges Philippe Meylan*, 1. Droit Romain (Université de Lausanne, Imprimerie Centrale de Lausanne, Lausanne) pp. 173-191; DONADIO, N. (2004): *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti* (Giuffrè Editore, Milano) pp. 262 a 267.

¹³⁷ Vid. ÁLVAREZ CORA, E. (2005): *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)* (Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid) pp. 281 a 285.

¹³⁸ UGARTE, J. L. (2009): “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33 pp. 215-228; FUENTES, C. (2011): “Consideraciones en torno a la idea de estándar de convicción en el proceso civil”, en LETURIA, F. J. (edit.), *Justicia Civil y Comercial: ¿Una Reforma Cercana?* (P. Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales, Universidad del País Vasco, Libertad y Desarrollo, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Santiago) pp. 178 a 180.

sí misma, es una norma que incide en la valoración de la prueba —de los indicios presentados por el denunciante—, pero subyace a ella una cuestión de carga de la prueba. Si se aplicara estrictamente el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, al trabajador le bastaría probar su contrato de trabajo, que tiene en su naturaleza tácitamente este deber legal de respeto a los derechos fundamentales, para que toda la carga de la prueba recayera en el empleador. Sin embargo, esto no es así, y el trabajador debe probar —aunque sea estos indicios—. Lo mismo podríamos decir de ciertos derechos legales en los contratos celebrados por consumidores; pero no creo que necesite ahondar más en ejemplos¹³⁹.

En fin, ésta es la riqueza interpretativa a que se enfrenta el juez, hoy, al interior del proceso cuando debe decidir sobre la carga de la prueba.

6. En verdad es difícil comprender el artículo 294 del Proyecto. Especialmente, pues en ninguno de los proyectos previos, a través de los cuales transitó inalterado¹⁴⁰, aparece ninguna indicación precisa —ni tampoco general— de sus fuentes; lo cual dificulta su interpretación.

Recordemos su inciso primero: “*Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal exprese distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes*”.

Una primera cuestión es qué quiera decir: “*Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie*”. Aunque no lo diga el Proyecto, este inciso primero está claramente inspirado en la doctrina elaborada en 1900¹⁴¹ por Leo Rosenberg (1879-1963)¹⁴²: “*cada parte tiene el requisito de afirmar y probar la norma en su favor (= aquella norma, cuya efecto jurídico va en su beneficio)*”¹⁴³. Y, precisamente, ésta ya ha sido criticada tanto porque no sirve para explicar todas las hipótesis posibles¹⁴⁴, como porque, especialmente, no todo depende —como observó Micheli—, de la prueba de los supuestos de la norma sin relación a la concreta posición de las partes en el proceso: “*Me limito a observar que incluso quien, como Rosenberg, sostiene la tesis aquí criticada, después está constreñido a admitir que respecto a los elementos de las figuras legales singulares la posición procesal de parte adquiere un notable relieve en cuanto a la*

¹³⁹ En otras materias también hay pervivencias notables. Por ejemplo, la prueba de “coartada”, elaborada en la tradición medieval, también tiene cabida actualmente en materia de prueba. Vid. RODRÍGUEZ, C. I. (2011): “Límites del control de la valoración judicial de la prueba en el sistema de la sana crítica”, en LETURIA, F. J. (edit.) (2011) p. 283 (cit. nota 138).

¹⁴⁰ Vid. PINOCHET, F.: “Cargas dinámicas de la prueba: el modelo chileno. Algunos comentarios sobre la propuesta de regulación legal”, en LETURIA, F. J. (edit.) (2011) pp. 324 y 327 (cit. nota 138).

¹⁴¹ Vid., sobre el influjo de ROSENBERG en el derecho alemán y la evolución de sus ideas en esta materia, PRÜTTING, H. (2010) pp. 453-464 (esp. pp. 457 a 463) (cit. nota 109).

¹⁴² GRÄFE, U. (2011): *Leo Rosenberg. Leben und Wirken (1879 - 1963)* (Duncker & Humblot, Berlin) p. 146.

¹⁴³ “*jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm (= derjenigen Norm, deren Rechtswirkung ihr zugute kommt) zu behaupten und zu beweisen*”. Cfr. ROSENBERG, L. (1923, pero 1900) p. 122 (cit. nota 108). Para el modelo legislativo, *vid. infra* nota 148.

¹⁴⁴ TARUFFO, M. (2012): “La valutazione delle prove”, en M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile* (Dott. A. Giuffrè Editore) p. 248.

*distribución de las consecuencias de la falta de demostración*¹⁴⁵. Considerando estas correcciones, si se lee este inciso del artículo 294 del Proyecto, tal cual, surgen inmediatamente ciertas dudas. Por ejemplo, el supuesto de hecho de la norma que ampara el derecho personal emanado de un determinado contrato, incluye también, como *prius*, los hechos que sustentan la existencia y la validez de tal contrato ¿debe probar el demandante, entonces, la inexistencia de vicios? ¿O, tendría el mutuante que probar, cuando haga valer la norma que permite exigir el crédito procedente de un mutuo, tanto el hecho positivo de la existencia de ese mutuo como el negativo de no haber sido pagado? pues todo ello es el fundamento de hecho de esa tal norma. No son dudas superfluas, puesto que los supuestos fácticos de una norma, en cuanto tales, son indivisibles; y no podemos olvidar el artículo 23 del Código Civil –“*Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su sentido*”–. De alguna forma, esto recuerda un sarcástico relato de Ihering para denotar la falta de sentido práctico que a veces presenta algún teórico: “*El juez a cargo de mi juzgado me preguntó cómo resolvería yo esa cuestión... y llegué así a la siguiente conclusión. La acción promovida por el demandante era la conditio ex mutuo; pero en el Derecho Romano el concepto de mutuo o préstamo implica la transmisión de la propiedad, seguida de un eventual consumo de las piezas de dinero prestadas... Ahora bien, como el demandante no había invocado en su escrito ni que él fuera propietario de ese dinero, presupuesto necesario para transmitir su propiedad, ni tampoco que el demandado lo hubiera consumido, la demanda era inconcluyente y por tanto correspondía rechazarla ‘con las naturales consecuencias’. La risa del viejo magistrado vino a interrumpir mi exposición...*”¹⁴⁶.

Por otro lado, de prosperar el Proyecto en nuestro sistema legal se produciría una duplicidad de normas generales sobre la carga de la prueba: una del Código Civil y otra del Procesal Civil. Asimismo, es evidente que de la sola lectura se desprende que no hay coincidencia entre el artículo 294 inciso primero del Proyecto y el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil. Para la norma civil está siempre en el primer plano la *posición* de las partes¹⁴⁷ y, en cambio, la *ventaja* es una cuestión secundaria. Por ejemplo, ante la invocación de la prescripción extintiva de una obligación, el Código Civil no exigiría que quien la alegue pruebe que no ha habido interrupción; en cambio el artículo 294 del Proyecto, así tal cual, requeriría la prueba de este hecho que indudablemente sirve de fundamento a la norma de cuyos efectos se beneficia el prescribiente. Recogiendo todo lo anterior, debe tenerse en cuenta la parte del artículo 294 del Proyecto que señala “...salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes”. Por esta vía, se establece un orden de prelación que comienza en el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, pasa eventualmente por otras normas particulares –aunque se debe notar que el Proyecto también deja fuera muchas no “expresas”–, y termina en el inciso pri-

¹⁴⁵ “*Mi limite ad osservare che anche chi, come il Rosenberg, sostiene la tesi qui criticata, è poi costretto ad ammettere che rispetto agli elementi delle singole fattispecie legali la posizione processuale di parte acquisti un notevole rilievo quanto alla ripartizione delle conseguenze della mancata dimostrazione*”. Cfr. MICHELI, G. A. (1966, pero 1942): *L'onere della prova* (Cedam, Padova) p. 140.

¹⁴⁶ IHERING, R. (1987, pero orig. 1880): *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo Dicere Verum* (trad. T. A. Banzhaf, Civitas, Madrid) p. 70.

¹⁴⁷ Cfr. LESSONA, C. (1928, pero orig. 1894) pp. 178 y 179 (cit. nota 117).

mero del artículo 294 del Proyecto. Pero, ya que tanto la norma civil como la procesal tienen vocación general –duplicidad de normas generales provocada por un trasplante que no quedó bien acomodado–¹⁴⁸, resulta que la norma procesal jamás será aplicable. Como el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil envuelve una regulación completa del derecho de la carga de la prueba, no queda espacio para el subsidio.

Por último, no puedo dejar de añadir tres cosas. Primero, no se ve cuál concreto problema práctico-forense, propio de nuestro país, requiera revisar el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil para sustituirlo por otras fórmulas generales –como es obvio, no valen aquí las hipótesis particulares–. Segundo, basta ver la experiencia española –artículo 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, distinto al nuestro–, para percatarse de que toda esta fatiga inspirada en la teoría normativa no los ha conducido a otro lugar más que a un retorno a la misma regla de Paulo “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” (!!)¹⁴⁹. Y, tercero, no se puede olvidar, por un lado, que la teoría normativa de Rosenberg reconduce el asunto a un problema de interpretación de la ley sustantiva¹⁵⁰; y así también se considera en nuestro país, pues la carga de la prueba ha sido invariablemente estimada materia de casación en el fondo, no en la forma¹⁵¹. De modo que no es excesivo insistir en que se está tratando una cuestión fundamental del derecho sustantivo, sin la debida participación de los especialistas (!!).

¹⁴⁸ Hay que tener en cuenta que los textos legales, especialmente en el marco de sus respectivos sistemas, son distintos al nuestro. Más allá del desarrollo doctrinal, el panorama legislativo es el siguiente. En España, hay norma expresa: Ley de Enjuiciamiento Civil art. 217 (cfr. con art. 1.214 del Código Civil). Pero no así en otros países significativos en este punto. En Alemania, el ZPO §286 se refiere más bien a la valoración de la prueba, y no hay una norma general a la manera del art. 1.315 del *Code Civil*. También se refiere sólo a la valoración, en Italia, el *Codice di Procedura Civile* art. 115 (cfr. con art. 2.697 del *Codice Civile*); donde la teoría de la facilidad probatoria tiene tenaces opositores. En Uruguay, tampoco puede el juez alterar las normas de la carga de la prueba, sino que tiene iniciativa probatoria y libertad en su valoración, según el artículo 139 del Código General del Proceso (= Código Procesal Modelo para Iberoamérica, 1988, art. 129; en todo caso, el año 2012, al interior del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se propuso la “*incorporación de las cargas probatorias dinámicas*” en este cuerpo privado). En Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial artículo 377, no contempla en absoluto este mecanismo; si bien ostentan la doctrina más fuerte, no unánime, a favor de la carga dinámica de la prueba. Por último, en Colombia, si bien no existe facultad del juez para modificar la carga de la prueba, su artículo 177 del Código Procesal Civil establece: “Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de la normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen”. Este es el modelo de nuestro texto del inciso primero del artículo 294 del Proyecto. Por tanto, valen para él nuestras críticas (Cfr. tb. artículo 1.757 Código Civil colombiano).

¹⁴⁹ “*Como la carga de la prueba no consiste sino en el riesgo que corre un litigante de que el Juez no se convenza de ciertos datos procesales, el perjuicio no puede sufrirlo sino la parte a quien favorezca el convencimiento del Juez sobre tal dato. Esto quiere decir que cada una de las partes tiene la carga no sólo de alegar los datos que le interesen, sino, en segundo lugar, de probarlos, determinándose su interés por el hecho de que el dato en cuestión funcione como supuesto de hecho de una norma cuya aplicación le interesa, lo que equivale en definitiva a decir que cada parte soporta la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables. Ello se traduce en definitiva en el principio, sentado de antiguo, según el cual affirmantis est probare y, sobre todo, incumbit probatio ei qui dicit, non ei qui negat*”. Cfr. GUASP, J.; ARAGONESES, P. (2002) p. 349 (cit. nota 113).

¹⁵⁰ ROSENBERG, L.; SCHWAB, K. H.; GOTTSWALD, P. (162004) p. 782 (cit. nota 130).

¹⁵¹ Vid. SOMARRIVA, M. (1939) pp. 105 a 107 (cit. nota 92); PEÑAILILLO, D. (1993, pero 1989) p. 11 (cit. nota 76).

Pasemos al inciso segundo del mismo artículo 294: “El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder”.

Lo que el Mensaje llama “carga dinámica de la prueba” o “disponibilidad y facilidad probatoria”, tiene su origen en Jeremy Bentham (1748-1832): “Entre dos partes adversas ¿cuál es aquella a que se debe imponer la obligación de proveer la prueba? ... La obligación de proveer la prueba debe ser, en cada caso particular, impuesta a aquella de las partes que la puede satisfacer con el menor inconveniente, es decir, la menor dilación, vejaciones y costos”¹⁵². Esto no es más que una reacción a la realidad peculiar y distinta del antiguo *common law*, del todo diferente¹⁵³. Pero si bien la rigidez del iusnaturalismo y de la Exégesis europea continental permitieron que en general la obra tuviera gran repercusión –en Europa tanto como en Chile–¹⁵⁴, la idea de la “facilidad probatoria” no fue acogida. Carlo Lessona¹⁵⁵ dice de ella que “no nos parece pueda ser aceptada. / El principio romano traducido en su pureza por el art. 1312 [equivalente en el Código italiano de 1865 al artículo 1.315 del Code y, *mutatis mutandis*, a nuestro artículo 1.698], nos parece mejor, el ilustre Pescatore ya lo ha demostrado con argumentos que juzgamos irrefutables”¹⁵⁶. Las observaciones de Pescatore¹⁵⁷ y Lessona todavía tienen vigencia; pero prefiero recoger aquí las más modernas¹⁵⁸, si bien muy similares, de Taruffo: “... es dudoso que un poder tal pueda conciliarse con la necesaria imparcialidad del juez frente a las partes. En efecto, otra cosa es que sea el legislador, sobre la base de opciones de política jurídica que siempre son discutibles pero que al menos tienen la cualidad de ser expresadas y formuladas en términos generales, quien modifique con presunciones la localización de las cargas probatorias entre las partes, mientras una cosa bien distinta es que quien lo haga sea el juez sobre la base de sus preferencias subjetivas respecto de aquella que considera ser la solución justa de la controversia en el caso concreto”¹⁵⁹; igualmente le parece insatisfactorio el argu-

¹⁵² “Entre deux parties adverses, quelle est celle à qui l'on doit imposer l'obligation de fournir la preuve? ... L'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délai, de vexations, et de frais”. Cfr. BENTHAM, J. (1823): *Traité des preuves judiciaires*, 2 (Bossange Frères, Paris) p. 163 (Lib. 7, cap. 16).

¹⁵³ No sólo en los tribunales de jurados. En esto es muy interesante la aclaración de J. NIEVA (2010) pp. 75 a 78 (cit. nota 5).

¹⁵⁴ Cfr. MITTERMAIER, C. J. A. (1834): *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse* (Verlag Heyer, Darmstadt) p. 39. Vid. PLANIOL, M. (1917) p. 2 (cit. nota 66); y para Chile, LETELIER, V. (1919): *Jénesis del Derecho i de las Instituciones Civiles Fundamentales* (Hume & Walker, Santiago) pp. 572 y 573 y n. (e y); y la obra publicada originalmente en 1903, LETELIER, V. (2010): *Proceso Evolutivo de la Codificación en Chile*, en *Doctrina Civil Chilena en el Bicentenario. 1810-2010, VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago) p. 78.

¹⁵⁵ LESSONA, C. (1928 pero, orig, 1894) pp. 121 a 124 (cit. nota 117).

¹⁵⁶ LESSONA, C. (1928 pero, orig, 1894) p. 122 (cit. nota 117).

¹⁵⁷ Vid. PESCATORE, M. (1863): *La logica del diritto: frammenti di dottrina e di giurisprudenza* (Unione Tipografico-Editrice, Torino) pp. 106 a 108.

¹⁵⁸ Las críticas no sólo provienen de los profesores de Derecho Civil, sino también de los de Derecho Procesal. Vid. PINOCHET, F. (2011) pp. 309 y 338 (cit. nota 140).

¹⁵⁹ Cfr. TARUFFO, M. (2012) p. 256 (cit. nota 144).

mento de la “proximidad” o “disponibilidad” probatoria, porque, además de condicionar el resultado del juicio, “*de hecho, sería suficiente prever un deber de disclosure, adecuadamente sancionado, en base al cual cada parte sea obligada a producir todas las pruebas relevantes que están en su posesión o en su disponibilidad, comprendidas aquí las pruebas que para tal parte producirían efectos desfavorables*”¹⁶⁰; y finalmente señala: “*sobre la base de normas jurídicas preexistentes... las partes estaban en condiciones de poder prever el destino de la controversia en base a los resultados producidos por las pruebas, y por tanto estaban en situación de defenderse teniendo en cuenta un marco seguro de sus situaciones procesales*”¹⁶¹.

El problema debe enmarcarse en el carácter de *ultima ratio* de la regulación de la carga de la prueba¹⁶² –cuestión en la que el Prof. Nieva fue muy claro–. Si las partes han aportado pruebas, el juez se enfrenta al problema de su valoración. En cambio, si no hay prueba alguna, las normas de la carga de la prueba se aplican para que el juez pueda fallar a pesar de su absoluto defecto. Por tanto, la facultad que le concede el artículo 294 inciso segundo del Proyecto es para decidir, por sí, fallar en contra de alguien sin tener prueba alguna; esto es, al margen de la interpretación del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, o de cualquier otro –incluido el propio 294 inciso primero del Proyecto –¹⁶³.

Por mi parte, veo muy difícil que el juez, actuando de forma jurídicamente recta, encuentre posibilidades más allá del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil y de las normas especiales. Esto, porque la interpretación de la carga de la prueba depende del sinfín de posibilidades hermenéuticas de este artículo gracias a la asistencia de: la interpretación de todas las normas sustantivas que participan en el caso concreto; el arsenal provisto por sus antecedentes histórico-dogmáticos, no sólo indirectamente por su calidad de tales, sino que también directamente, por la remisión del *Artículo final* del Código Civil; y, por último, por todas las doctrinas modernas que se puedan conciliar. Recuérdese que el núcleo estable del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil está en el mutuo, celebrado o pagado; todo el resto puede y debe ser objeto de revisión prudencial –y, en la historia, incluso la “facilidad” ha sido aquí considerada–.

El fundamento de la facultad que se pretende atribuir al juez suele fijarse en la buena fe, es decir, en la equidad¹⁶⁴. Pero ésta puede fundarse en valoraciones que, en el mejor de los casos, constituyan una equidad *lato sensu* y en el peor, valoraciones “*giustizialiste*”¹⁶⁵. Vamos al primer extremo. Recuerdo que Zachariä von Ligenenthal dijo: “*Un derecho realmente formal es por tanto... ante todo un derecho que la Ley admite como probado, incluso cuando*

¹⁶⁰ Cfr. TARUFFO, M. (2012) p. 256 (cit. nota 144).

¹⁶¹ Cfr. TARUFFO, M. (2012) p. 259 (cit. nota 144).

¹⁶² PRÜTTING, H.; GEHRLEIN, M. (2010): *ZPO Kommentar* (Luchterhand, Köln) p. 762; ROSENBERG, L.; SCHWAB, K. H.; GOTTWALD, P. (162004) pp. 787 y 788 (cit. nota 130).

¹⁶³ En países que no tienen una norma como el 217.6 español, es difícil que el juez se aleje de la tradicional carga de la prueba, el criterio para alejarse en España es, precisamente, la facilidad. Cfr. TARUFFO, M. (2012) p. 254 (cit. nota 144).

¹⁶⁴ ROSENBERG, L.; SCHWAB, K. H.; GOTTWALD, P. (162004) p. 785 (cit. nota 130).

¹⁶⁵ TARUFFO, M. (2012) p. 255 (cit. nota 144).

no esté probado...”¹⁶⁶. Esto es exactamente lo que escandaliza, me parece, a los promotores de la facilidad probatoria. Está asentado en ellos el prejuicio de la supuesta “rigidez” de la norma civil de la carga de la prueba. Y por ello han buscado esta “válvula” que permita impedir la aplicación de la ley en determinados casos. Pero el prejuicio es falso, como dijimos apenas arriba. Además, vale la pena recordar las virtudes ya señaladas de una carga de la prueba regulada en su vértice por la ley; especialmente, en cuanto a la preconstitución de pruebas, la minoración de la litigiosidad y la certeza en general. Pero, por sobre todo, deben tener presente que esta pretendida “flexibilidad” que proponen, no es más que una ilusión. No parecieran notar que la facilidad probatoria sigue inserta en un mismo proceso extremadamente formal; pues hay obligación de resolver a favor de alguna parte, haya pruebas o no¹⁶⁷. “Si la constitución de prueba no conduce a ninguna convicción del tribunal, el asunto permanece ‘no-claro’ (situación de non-liquet), sin embargo debe emitirse una decisión del asunto para el caso, porque la ausencia de prueba no puede conducir a una falta de resolución”¹⁶⁸. Así es que es una falacia que se esté velando por la justicia en el caso concreto. Para ello, sería indispensable revivir el viejo *non liquet* formulario romano: cuestión que nadie propondría con carácter general por razones político-sociales evidentes. Por esto, porque el juez *debe* dictar sentencia tenga o no pruebas, entonces aparece mucho más adecuada la certeza y previsibilidad del sistema legal que ya tenemos¹⁶⁹. Paso ahora al extremo siguiente: las valoraciones “*giustizialiste*”.

El propio Prof. Nieva denomina el ámbito que abre el artículo 294 inciso segundo del Proyecto como el “*albur de la discrecionalidad judicial*”¹⁷⁰. Este es el enorme riesgo. Pues quiere decir que, una vez superados todos los criterios propiamente hermenéuticos del artículo 1.698, el juez quedará facultado para determinar el juicio, a falta de pruebas, por ejemplo en virtud de la mera impresión de buena o mala fe que se haga de las partes

¹⁶⁶ Le texto íntegro indica: “Denn da der Richter eben dazu geordnet ist, daß alle Willkür von der Entscheidung über Recht und Unrecht ausgeschlossen werde, da er mithin nur nach objectiven Gründen sprechen soll; so kann er auch nur auf erwiesene Rechte Rücksicht nehmen, wenn schon die nichterwiesenen an sich allerdings wahre Rechte seyn können – Ein bloß förmliches Recht ist also in dieser Beziehung erstens ein Recht, das das Gesetz für erwiesen annimmt, ob es wohl nicht erwiesen ist...” (“Dado que el juez está obligado a excluir toda arbitrariedad sobre lo que es justo y lo que no es justo, por cuanto debe pronunciarse sólo a partir de fundamentos objetivos; entonces, él sólo puede tener a la vista derechos demostrados, aunque sin embargo aquellos no demostrados puedan ser en sí derechos verdaderos – Un derecho realmente formal es por tanto, en este sentido, ante todo un derecho que la Ley admite como probado, incluso cuando no esté probado...”). Cfr. ZACHARIÄ, K. S. (1806): *Die Wissenschaft der Gesetzgebung. Als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche* (Gerhard Fleischer, dem Jüngern, Leipzig) pp. 257 y 258.

¹⁶⁷ Desde la perspectiva del derecho procesal se puede decir que, “de un lado, el interest reipublicae ut sit finis litium [interés de la República en que haya un final de los litigios], y por tanto la decisión no puede ser reenviada indefinidamente, en la esperanza de que intervenga alguna prueba ulterior para resolver la duda... por el otro lado, en los sistemas procesales modernos el juez no puede limitarse a pronunciar un non liquet, e igualmente debe resolver la incertidumbre decidiendo definitivamente la controversia”. Cfr. TARUFFO, M. (2012) p.245 (cit. nota 144).

¹⁶⁸ MAYR, P. G. (2004): “Das Beweisrecht in Österreich”, en J. Lebre de Freitas (edit.) *The Law of Evidence in the European Union* (Kluwer, The Hague) p. 44 (pp. 33-67).

¹⁶⁹ Vid., una visión muy prudente, KEMELMAJER DE CARULUCCI, A. (2001): “La Charge de la preuve dans les Principes et Règles ALI/UNIDROIT relatifs à la procédure civile transnationale”, *Uniform Law Review* 64 pp. 915-924.

¹⁷⁰ NIEVA, J. (2011) pp. 91-120 (cit. nota 5).

—según su aspecto físico, socioeconómico, cultural, etc.—¹⁷¹. Por ello es que hay una gran diferencia, no una continuidad de criterio, en que la carga de la prueba venga dada por la interpretación de la ley —con la ayuda de la doctrina—, a que venga, como se quiere, de la persona misma del juez. Esto recibe el nombre de “equidad cerebrina”. El Prof. Nieva cree en cambio que esta facultad se conduce siempre según el parámetro de la normalidad¹⁷², de *id quod plerumque accidit* (lo que habitualmente ocurre)¹⁷³. Este “apriorismo” aparece tal vez como ingenuo trasladado a nuestra realidad práctica. Además, olvida que la facultad del juez es subsidiaria a la aplicación de la norma civil, y que este criterio también hay que estimarlo ya incluido en esta última —con lo cual, no se justificaría esta facultad—. Asimismo, el fundamento de la “normalidad” puede estimarse técnicamente insatisfactorio. Primero, porque la “facilidad” y la “disponibilidad” no siempre coinciden con la “normalidad”. Y, segundo, porque, incluso estableciendo esta homologación, resulta que las normas de carga de la prueba, especialmente sus inversiones, no siempre se basan en *id quod plerumque acci-*

¹⁷¹ Vemos precisamente esta actitud en AULO GELIO, cuando, en pleno siglo II d. C., ofició de juez formulario. Pero la diferencia entre la actuación de un juez formulario y de uno nuestro, es que aquél, al pronunciar un *non liquet*, no producía una sentencia y el asunto volvía a ventilarse; en cambio, hoy, nuestro juez dictaría sentencia definitiva. Cfr. AULO GELIO, *Noctes Atticae* 14.2.4-8 y 25: “*Petebatur apud me pecunia quae dicebatur data numerataque; sed qui petebat neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur. 5. Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et inlustria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; 6. illum autem unde petebatur hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. 7. Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensilatione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessionem; 8. ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus. [...] 25. Sed maius ego altiusque id esse existimavi quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum” (“Se pedía ante mí dinero que se decía dado y entregado; pero quien pedía no mostraba este hecho ni por documentos ni por testigos, sino que se adornaba con argumentos muy insuficientes. 5. Pero constaba que él es un hombre firme, bueno y de nota y de comprobada palabra y de vida inculpabilísima, y se prometían de él muchos y claros ejemplos de probidad y de sinceridad; 6. en cambio de aquel del que se pedía, se mostraba ser un hombre de haber no bien habido y con una vida deshonesta y sórdida, y condenado por el vulgo en mentiras y estar pleno de perfidias y de fraudes. 7. Sin embargo, éste, con sus muchos patrocinantes, clamaba deber probarse ante mí el dinero entregado por los modos usuales: por anotación en el libro de gastos, por los registros de la banca, por exhibición de quirógrafo, por suscripción de documentos, por intervención de testigos; 8. si ninguna cosa se probare por alguno de éstos, debía ser inmediatamente disculpado y condenarse al adversario por calumnia; ya que lo que se dijere de la vida y hechos de uno y de otro, aquello se hacía y se decía en vano; en verdad, se acciona ante el juez privado sobre el asunto de la petición de dinero, no ante los censores sobre las costumbres. [...] 25. Pero yo estimaba ser aquello más y más alto que lo que convenía para mi edad y mediocridad, como para parecer haber conocido y condenado respecto de las costumbres, no respecto de las pruebas sobre los hechos ocurridos; pero, como no fui capaz de inducir el ánimo para absolver, entonces juré no quedarme claro y así estoy liberado de juzgar en aquello”).*

¹⁷² En España se ha utilizado el criterio de la facilidad probatoria frecuentemente en la responsabilidad médica y en las pruebas biológicas en las acciones de determinación e impugnación de la filiación. Y hay algunos autores peninsulares menos entusiastas en su análisis. Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P. (2007): “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil* (Tirant, Valencia) p. 55.

¹⁷³ La expresión viene tomada de CELSO, 1 *dig.*, D. 22.3.9. Vid. WÄCKE, A. (1992) pp. 428 y 429 (cit. nota 9).

*dit*¹⁷⁴. No se trata de beneficiar o perjudicar a la parte débil o a la víctima de una negligencia médica, sino que de preguntarse en qué manera esto las asiste de una forma justa y no por puros prejuicios arbitrarios; ya que *id quod plerumque accidit*, o cualquier otro criterio equitativo, cuando se entregan como una facultad “metalegal” del juez –en el sentido de que se activa cuando éste estima injusta la aplicación de la ley–, están situados más allá de los confines de lo que estrictamente entendemos por interpretación jurídica. Es difícil convencerse de la justicia de esta norma del Proyecto.

Hay una última y delicada cuestión que quisiera tratar. En principio, un juez puede enfrentar dos clases de dudas: jurídicas –cuál es el derecho aplicable al juicio–, o fácticas –cuáles son los hechos que sustentan el juicio–. Si se recurre correctamente a la experiencia histórica, puede observarse que el procedimiento formulario constituyó el único momento en que el juez gozó de una amplia libertad en materia probatoria, libre de un sistema cerrado y positivo que la regulara¹⁷⁵. Por lo mismo, allí sí se daba la dualidad de las dudas fácticas y jurídicas. Y en caso de tener dudas fácticas, el juez podía pronunciar un *non liquet* (no queda claro), de modo que se excusaba de dictar sentencia. Pero la dualidad de dudas fácticas y jurídicas desapareció en el devenir posterior. Porque, desde época post-clásica romana hasta hoy, se ha ido gestando progresivamente un sistema positivo sobre la carga de la prueba. Y, por ello, el problema de la duda “fáctica” del juez acabó por reducirse también a un problema puramente “jurídico”: cuál es la norma aplicable de carga de la prueba. Resueltas ahora legalmente las dudas por la falta de pruebas, el juez finalmente sólo pudo tener, por tanto, dudas jurídicas. Es cierto también que esas dudas jurídicas del juez, al menos en caso de lagunas, inicialmente se sacaron de sus manos a través del expediente del referimiento al legislador¹⁷⁶ con el fin de evitar la usurpación de poderes¹⁷⁷. Todo esto redundó en un sistema de normas muy restrictivas de las posibilidades de interpretación de la ley por parte del juez, que quedó plasmada en los códigos civiles decimonónicos –verdadera política antihermenéutica dirigida contra los jueces–¹⁷⁸. Pero, finalmente, del referimiento al legislador se pasó –como denota el conocido artículo 4 del *Code Napoléon*–, al recurso a los principios generales para resolver las controversias aun en caso de lagunas¹⁷⁹. Es más, tanto cambiaron las cosas, que el artículo 2 del Código Civil suizo inauguró toda una nueva época con la concepción del “juez legislador”¹⁸⁰. Y por este devenir se formó el principio de la inexcusabilidad de los tribunales, en virtud del cual todas las causas deben ser resueltas. Olvidado ya el verdadero *non liquet* formulario, a tal punto había quedado suprimida

¹⁷⁴ TARUFFO, M. (2012) p. 252 (cit. nota 144).

¹⁷⁵ Vid., por todos, CANNATA, C. A. (1982) pp. 183 a 186 (cit. nota 9).

¹⁷⁶ Vid., por todos, GUZMÁN BRITO, A. (2011): *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes* (Iustel, Madrid) pp. 173 a 188.

¹⁷⁷ Asombra que en el curso de las mismas épocas previas a la codificación no haya existido, por el mismo motivo, obligación de motivar las sentencias. Vid., por todos, GUZMÁN BRITO, A. (2011) pp. 221 a 229 (cit. nota 176).

¹⁷⁸ Vid., por todos, GUZMÁN BRITO, A. (2011) pp. 24 a 26 (cit. nota 176).

¹⁷⁹ Vid., por todos, GUZMÁN BRITO, A. (2011) pp. 188 a 221 (cit. nota 176).

¹⁸⁰ Vid., para una progresión histórica desde Roma hasta el Código Civil suizo, RABELLO, A. (2004): “*Non liquet*. From Modern Law to Roman Law”, *Annual Survey of International and Comparative Law* 101 pp. 1 a 5 (pp. 1-25).

y fuera del horizonte desde mucho antes la sola posibilidad de que el juez no dictara sentencia por dudas fácticas, que una vez instaurada la inexcusabilidad —eminente referida a las lagunas legales—, comenzó a llamársela “prohibición de *non liquet*”¹⁸¹, como si la única falta de claridad pudiera provenir de la ausencia de ley¹⁸². Ésta es una cuestión de la mayor relevancia, pues, como se sabe, finalmente el principio de inexcusabilidad de los tribunales está instalado en el artículo 76 inciso segundo de la Constitución Política. Ahora bien, he aquí el problema: la inexcusabilidad, el *non liquet* jurídico actual, no ha quedado intacto al extraerse del dominio *legal* al menos una parte de la regulación de la carga de la prueba. La nueva facultad que se pretende otorgar al juez, en el inciso segundo del artículo 294 del Proyecto, le permitiría resolver sus dudas fácticas de un modo “extralegal”; en el sentido de que este poder discrecional se activa cuando se ha agotado la posibilidad de aplicar la ley —en opinión del juez—. Esto crea, entonces, un nuevo ámbito que los redactores del artículo 76 inciso segundo de nuestra Constitución no tuvieron en cuenta ni por asomo al prohibir el *non liquet* del tribunal “*ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión*”. Así es que hay que preguntarse qué pasaría si, bajo la hipotética vigencia del artículo 294 inciso segundo del Proyecto, un juez estimare *injusto* aplicar el artículo 1.698 inciso primero del Código Civil; pero, a la vez, tampoco estuviere *convencido* de que sea *justo* atribuir la carga de la prueba a la contraparte —y, a la larga, condenarla—. Es una duda que perfectamente podría plantearse en la realidad. Entonces: ¿puede excusarse? La intuición puede decirnos que no, pero no así la norma constitucional. El juez bien podría señalar que su excusa de juzgar no está comprendida por el principio de inexcusabilidad, porque éste se refiere a la “*falta de ley*” y, en cambio, él se abstiene en razón de una duda fáctica. Por tanto: *non liquet!*

PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL
Pontificia Universidad Católica de Chile

¹⁸¹ Vid. MARTÍNEZ, P. (2012): “El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado constitucional”, *Revista Chilena de Derecho* 39.1 pp. 113-147.

¹⁸² Vid., un recuento histórico de la prohibición del *non liquet* en, MICHELI, G. A. (1966 pero, 1942) pp. 4, 12, 25 y 151 (cit. nota 110); RABELLO, A. (2004) pp. 1-25 (cit. nota 180).