

EL ARTÍCULO 1698 INCISO 1.º DEL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO COMO NORMA EN BLANCO: LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL REPARTO JUDICIAL DE LA CARGA*

ARTICLE 1698, PARAGRAPH 1, OF THE CHILEAN *CIVIL CODE* AS A BLANK RULE: THE BURDEN OF PROOF AND THE JUDICIAL DISTRIBUTION OF THE BURDEN

Del Río-Ferretti, Carlos**

RESUMEN

213

Este trabajo analiza el art. 1698 inc. 1.º del *CC*, y, en particular, la consideración de este como la norma de carga de la prueba aplicable a los casos concretos que requieren la aplicación de una regla de reparto de la carga de la prueba y de juicio. El estudio demuestra que el precepto en cuestión no tiene ese alcance, y que, en definitiva, es una norma en blanco. Esta únicamente podría adquirir un sentido operativo real si se integra con el efecto jurídico pedido, que es el criterio que permite singularizar en cada supuesto los tipos de hechos y la necesidad de prueba sobre los mismos, elementos imprescin-

* Hacemos constar que este artículo es resultado del proyecto de investigación ANID/FONDECYT regular n.º 1230331, titulado “La carga de la prueba aplicada al cumplimiento-to-incumplimiento civil y al cumplimiento defectuoso e imperfecto”, del cual el autor es investigador responsable.

Agradecemos a los distintos académicos, así como a los evaluadores, que han sugerido mejoras al texto.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Central de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España. Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Andrés Bello, Chile. Dirección postal: Bellavista 0121, Providencia, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: carlos.delrio@unab.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1508-998X>

Recepción: 2025-03-07; aceptación: 2025-07-14.

dibles para la aplicación del reparto de la carga de la prueba y la regla de juicio. Es decir, es la manera fiable para responder a la pregunta clave: ¿quién tiene que probar qué cosa?

Establecido lo anterior, se aborda el asunto referido a la necesidad de matizar el reparto normativo de la carga de la prueba con ajustes judiciales a través de tres instrumentos específicos, que plantean la dificultad de discernir si en rigor se tratan de fenómenos que se ubican en la formación de prueba o si representan medios para modificar el reparto de la carga de prueba en casos determinados.

PALABRAS CLAVE: carga de la prueba; norma en blanco; efecto jurídico pedido; reparto judicial de la carga de la prueba

ABSTRACT

This paper analyzes art. 1698 paragraph 1 of the *CC*, and in particular the consideration of this as the rule of burden of proof applicable to specific cases that require the application of a rule of distribution of the burden of proof and trial. The study shows that the precept in question does not have that scope, and that it is ultimately a blank standard. This could only acquire a real operational meaning if it is integrated with the requested legal effect, which is the criterion that allows the types of facts and the need for proof of them to be singled out in each case, essential elements for the application of the distribution of the burden of evidence and the rule of judgment. That is, it is the reliable way to answer the key question: who has to prove what?

Having established the above, this paper addresses the issue of the need to clarify the normative distribution of the burden of proof with judicial adjustments through three specific instruments, which raise the difficulty of discerning whether, strictly speaking, they are phenomena that are located in the evidentiary formation or whether they represent means to modify the distribution of the burden of proof in specific cases.

KEYWORDS: burden of proof, blank standard, requested legal effect, judicial distribution of the burden of proof.

INTRODUCCIÓN.

EL OBJETO DE ESTUDIO

La dogmática considera a la carga de la prueba, en primer término, desde el punto de vista de la decisión del juez y, entonces, ve en ella esencialmente una

regla de juicio¹. Esta regla suministra al juez un criterio que le permite resolver un asunto para el caso que en un proceso determinado exista insuficiencia probatoria sobre hechos necesitados de prueba. Esto es, procura un criterio de decisión frente al *non liquet* generado por la insuficiencia indicada, con el cual el juzgador pueda, no obstante, adoptar una decisión sobre el asunto que se le ha sometido. Esto es lo que se denomina carga objetiva². Esta dimensión de la carga de la prueba es la que se estima como la fundamental³.

Es evidente que esta dimensión –regla de juicio– se proyecta, además, como un estímulo sobre la conducta de las partes en función de la expectativa de obtención de una sentencia favorable. Así, y desde un segundo punto de vista, se ha hablado también de carga de la prueba como regla de conducta o, al menos, como el estímulo normativo judicial para que las partes desplieguen una cierta conducta que se traduzca en la aportación y produc-

¹ Sin embargo, hay autores que consideran que la categoría de la carga de la prueba es inútil y, por lo tanto, cabría prescindir de ella. Por ejemplo, NIEVA (2019), pp. 23-52; NIEVA (2020), pp. 408-437; NIEVA (2023), pp. 39-60. TARUFFO (2019), pp. 11-21, menos tajante. GARAVAGLIA (2021) pp. 1349-1360, ha refutado con detenimiento al primero. Cfr. STRANDBERG (2019), pp. 91-92; SORABJI (2019), pp. 251-253.

Más que negar la existencia de la carga como regla de juicio, cabe plantearse, como hace VERDE (2013), si la necesidad de singularización de una regla de juicio ante la falta o insuficiente comprobación de los hechos sea la de imponerle al juez el deber de dictar sentencia pese a dicha circunstancia y evitar la abstención del juicio de fondo, y asistirle con un criterio según el cual deba decidir.

Para este autor tal premisa no existe y, por lo tanto, la singularización de una regla de juicio de este género, que tenga una existencia propia e independiente, no es útil. Con todo, no niega la necesidad de reparto de la carga y de la regla de juicio. De ahí que señale que de regla de juicio se pueda continuar hablando, siempre que sea claro que con ella no se alude a una autónoma realidad normativa, sino que con esto se expresa sintéticamente el significado con el cual las normas singulares reguladoras de la relación controvertida son apreciadas y aplicadas por el juez. VERDE (2013), pp. 135-136. Añade, además: “el problema de la carga de la prueba se reduce, así, a sus dimensiones originarias, y precisamente consiste en el singularizar si existe una exigencia de repartición entre los sujetos del proceso de las cargas probatorias y, cuando tales indagaciones preliminares den resultados positivos, en el investigar los criterios según los cuales puede hacerse tal repartición. Y es obvio que tal investigación, según las premisas hasta ahora sostenidas, debe conducirse principalmente en el ámbito de la disciplina sustancial de la relación o situación jurídica, debiéndose por esta enuclear también la posición de las partes respecto a los singulares temas de prueba” [traducción del autor de este texto, esta cita y las sucesivas]. MAZZARIOL (2023), pp. 580-613, sustenta con matices una posición de este tipo. STÜRNER (2019), pp. 276-277, refiere una disposición propuesta por el grupo de trabajo europeo sobre evidencia ELI/UNIDROIT, que propone la regla 2 del siguiente tenor: “Burden of proof. (1) Each party has the burden to prove all the material facts which form the basis that party’s case. (2) Substantive law determines the burden of proof”.

² STÜRNER (2019), pp. 275-276. Carga de persuasión en la tradición del *common law*.

³ MICHELI (1961), pp. 105-142; ROSENBERG (2002), pp. 27-73; VERDE (2013), pp. 11-19; MONTERO (2007), pp. 107-112; STÜRNER (2019), pp. 275-277; FERRER (2019), pp. 53-87; DEVIS (2019), pp. 410-419.

ción de prueba en el proceso. A esta dimensión de la carga de la prueba se le ha denominado carga subjetiva^{4,5}.

La carga probatoria es, por otra parte, una categoría vinculada al estándar de prueba, aunque distinta^{6,7}. El estándar se ocupa de un problema anterior al de la carga de la prueba, como es el relativo a la determinación del umbral de prueba que se exija para tener por probado un hecho, esto es, el grado de corroboración probatoria necesario para fijar un hecho determinado en el proceso. De esta forma, el estándar de prueba no se confunde con la carga de la prueba, pero delimita su ámbito y condiciona su aplicación, puesto que solo se puede predicar la insuficiencia probatoria en tanto se haya juzgado con arreglo a un módulo de prueba determinado, presupuesto para que surja la necesidad de acudir a la regla de juicio⁸.

Este estudio se ciñe a la carga de la prueba y su objetivo específico es demostrar que el art. 1698 inc. 1.º del CC—pese a las apariencias— no contiene esa regla de juicio, ni opera como regla de reparto de la carga de la prueba. Sustentamos que aquella disposición legal es una norma en blanco, a la que cabe dotar de contenido mediante la integración normativa. Demostraremos la importancia que cabe asignarle al efecto jurídico pedido en la determinación de los hechos necesitados de prueba, y la importancia de comprender la relatividad de la naturaleza de los hechos, sin lo cual es imposible entender la forma en que se materializa el reparto y la regla de juicio.

Todavía hoy en el sistema jurídico chileno se encuentran posiciones que tratan todos los problemas de carga de la prueba con la regla enunciada en el art. 1698 inc. 1.º del CC, por la vía de reconducir todos los supuestos a la regla prevista en ese precepto. Algo semejante sustenta buena parte de la jurisprudencia⁹.

⁴ Con detalles y matices, BORDALÍ (2016), pp. 173-198; ROSENBERG (2002), p. 34 y ss.; ORTELLS (2005), pp. 370-371; DAMIÁN (2007), p. 15 y GONZÁLEZ (2007), pp. 29-30.

La doctrina chilena de las últimas décadas ha estudiado la carga de la prueba y recibido las aportaciones teóricas modernas. Entre las primeras contribuciones en esta línea pueden consultarse SALGADO (1979), pp. 37-65; RIOSECO (1984), pp. 107-110; PEÑAILILLO (1993), pp. 45-66. Luego vendrán otras variadas contribuciones que se irán mencionando a lo largo de este estudio, entre las cuales destaca por su extensión y completitud ERBETTA (2021), 650 pp., aunque discrepamos de su enfoque.

⁵ STÜRNER (2019), pp. 275-276. Lo que en el *common law* se denomina carga de producción o carga de aducción de prueba. Además, puede consultarse POSNER (1999), pp. 1502-1507; GÓMEZ (2001), p. 5 y ss.

⁶ STRANDBERG (2019), pp. 91-92; SORABJI (2019), pp. 249-253 y 253 y ss.; FERRER (2021), pp. 19 y 135, nota al pie 70.

⁷ FERRER (2021), pp. 19 y 135, nota al pie 70.

⁸ PRÜTTING (2010), pp. 453-464; FERRER (2021), pp. 19 y 135, nota al pie 70.

⁹ Un considerando clásico de la jurisprudencia de la Corte Suprema es el siguiente: “Que a fin de dilucidar este primer postulado, se dicen vulneradas las normas relacionadas con

La norma señala: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”¹⁰. El texto, sin embargo, deja al descubierto varias faltas que son objetos de crítica, las cuales evidencian que resulta inadecuada como regla de reparto.

En primer lugar, la disposición es inadecuada porque da a entender erróneamente que existiría siempre un tema fijo de prueba. En segundo término, porque se refiere solo a los hechos constitutivos y extintivos¹¹, y omi-

la prueba, particularmente, el artículo 1698 del Código Civil, lo que hace necesario traer a colación algunas consideraciones relativas al ‘onus probandi’ o carga de la prueba. En ese sentido se ha dicho que la necesidad de probar no es una obligación, sino una carga, toda vez que la primera ‘implica la subordinación de un interés del obligado al interés de otra persona, so pena de sanción si la subordinación no se efectúa; la carga, en cambio, supone la subordinación de uno o más intereses del titular de ellos a otro interés de el mismo.’ ‘El litigante no está, pues, obligado a probar, la ley no lo compele a ello, es libre para hacerlo o no hacerlo; pero si no proporciona la prueba de su derecho, sus pretensiones no serán acogidas por el juez’: ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1998), p. 409.

Pueden consultarse, entre muchas, las siguientes sentencias: V.A. con Banco de Crédito e Inversiones (2010); Rantoul Holding S.A. con Banco de Chile (2010); A.P. con A.M. (2011); P.A.M. con V.A. (2012); M.S. con Banco de Chile (2012).

¹⁰Sobre normas similares que existen o existieron en otros *Códigos* decimonónicos, CHIOVENDA (1925), p. 248 y ss.; MICHELI (1961), p. 43 y ss.; MONTERO (2007), p. 130; CORTÉS (2007), pp. 114-115; VERGÈS (2013), pp. 81-99; DEVIS (2019), pp. 462 y 488.

Sin embargo, entre nosotros, ELORRIAGA (2012) p. 8, y ERBETTA (2021), *passim*, parten de una idea contraria a la aquí expuesta, confiriéndole a la regla del art. 1698 del CC, la capacidad e idoneidad para resolver prácticamente todos los supuestos de reparto de carga de la prueba y en todas las materias.

Andrés Erbetta, en su monografía, hace el esfuerzo de interpretar el precepto del art. 1698 teniendo en cuenta los distintos tipos de hechos, e incluye en ellos a los impeditivos y a los modificativos, entendiendo que ellos quedarían abarcados por el precepto cuando este alude a los extintivos (luego se dirá por qué esto no funciona). Pero aun asumiendo la introducción de la clasificación canónica de hechos, no se logra el rendimiento de hacer operativo el precepto. Hay un problema que no se extirpa por esta vía.

El error del precepto es contemplar una “regla de reparto” con tema de prueba fijo, lo cual está enteramente superado, y, segundo, como pone en evidencia Juan Montero, tal regla no sirve para encontrar en cada caso el hecho constitutivo y el hecho impeditivo, ni ningún tipo de hecho. La única forma de encontrar estos hechos en el caso concreto es atendiendo al efecto jurídico que se deduce en cada pretensión procesal. El precepto, además, confunde la carga de la prueba con la determinación del hecho necesitado de prueba, esto es, con el tema de prueba, que nunca puede quedar fijado por una norma legal general, aunque así se empeñe.

¹¹ “Incumbe probar las obligaciones o su extinción” es un binomio con dos términos que se implican recíprocamente, lo cual permite concluir que por esa vía no puede interpretarse sino como la referencia a hechos constitutivos y extintivos. La extinción se opone a la constitución de un derecho, y la implica. Ese binomio no puede aludir a los hechos impeditivos, ni a los excluyentes. Además, el precepto es impreciso: las obligaciones no se prueban, son los hechos, las fuentes de las obligaciones susceptibles de prueba, como apunta MONTERO (2007), pp. 130-133, cuando crítica el derogado art. 1214 del CC español.

te a los hechos impeditivos, modificativos y excluyentes. Por último, es inadecuada porque –aun haciendo una interpretación extensiva de la segunda parte del precepto para hacer ingresar esos tipos de hechos– lo cierto es que tampoco se consigue una regla de reparto operativa, puesto que la misma no permite determinar cuáles son esos hechos. La relatividad de la naturaleza de los hechos exige que ello se determine en cada caso y solo con esto se podrá hacer el reparto de la carga probatoria. No es posible operar sin que medie la determinación relativa de los hechos, y esa determinación depende del supuesto fáctico normativo específico y, con precisión, del efecto jurídico pretendido.

Seguidamente trataremos la cuestión relativa a la flexibilización judicial de la carga de la prueba como una necesidad de atemperar el reparto normativo, que por sí mismo no siempre es claro, o, incluso siéndolo, puede implicar una solución injusta, en cuanto imponga un rigor o esfuerzo probatorio que llegue a amagar la eficacia de la tutela jurisdiccional.

Ponemos especial énfasis en los límites, a veces borrosos, que existe respecto de instrumentos que se utilizan como respuestas a los inconvenientes que derivan del reparto normativo, pero que no se sabe a ciencia cierta cuál es el campo en el que se ubican. Si representan formas de reparto judicial de la carga de la prueba o, si bien, son formas de facilitación de la formación de prueba, dejando intacto el régimen normativo de la carga de la prueba. Ocuparse exactamente de estos instrumentos que se sitúan entre estos dos extremos, o en la frontera entre uno y otro, permite plantearse la cuestión de la determinación de los rasgos de estos que permiten la colocación de cada uno de ellos de un lado o del otro, y comprender así mejor el asunto de la carga de la prueba.

La importancia práctica del enfoque que proponemos es clara desde dos puntos de vista. Primero, permite indagar las razones adecuadas para tratar los problemas concretos de reparto probatorio, y evitar la cita formularia del art. 1698 del *CC*, para luego resolver, a veces de forma intuitiva, como demostramos un poco más adelante, acontece con la acción de precario, o como se indicó acontecía con la jurisprudencia relativa a la *exceptio non adimpleti contractus* o con la titubeante jurisprudencia sobre responsabilidad contractual médica¹².

En segundo lugar, porque permite comprender de forma distinta el art. 1698 del *CC*, tal como aquí sustentaremos, y ello hace posible evaluar el acierto de la aplicación de la regla de juicio incluso en las materias donde la jurisprudencia mantiene una opinión estable sobre el reparto probatorio¹³. Por ejem-

¹² DEL RÍO (2021), pp. 155-179.

¹³ Por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte Suprema se da por sentado que el reparto de la carga respecto de la acción de resolución es la misma prevista en forma literal en el art. 1698 del *CC*, de modo que el actor soporta la carga de probar la obligación, e incumbe al demandado probar el cumplimiento. Inmobiliaria Piemonte Lobos (Ltda.) con Central Hidroeléctrica El Melado S.A. (2016); Sociedad Inmobiliaria Tiempoterreno Ltda. con R.F.G.

plo, en las acciones ante el incumplimiento contractual, si todas ellas tienen su “fundamento en el incumplimiento”, como se suele afirmar, entonces, ¿inevitablemente habría que concluir que el tema de prueba es el incumplimiento y así echar la carga de la prueba sobre los hombros del actor o frente a esto hay que hacer aplicación pareja del art. 1698 del CC y desplazar el tema de prueba, y, por consiguiente, la carga de la prueba, al cumplimiento?¹⁴.

I. EL ART. 1698 DEL CC NO OFRECE UNA SOLUCIÓN ADECUADA

Como dijimos, el art. 1698 inc. 1.º –pese a las apariencias– no contiene una forma de reparto de la carga de la prueba, ni una regla de juicio con una entidad jurídica propia y directamente aplicable. Si se interpretase en esos términos, veremos que ella queda superada en diversos grupos de casos.

A continuación, presentamos las hipótesis que grafican de forma más clara este punto.

1. Las obligaciones de no hacer

El reparto de la carga de la prueba es distinto según se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, porque el tema de prueba no permanece fijo, y los hechos constitutivos en estos supuestos no son los mismos. En las pretensiones en el ámbito de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer el reparto de carga de la prueba no se materializa en los mismos términos. Tal cosa ha sido puesta de relieve por el procesalismo¹⁵, en tanto se entiende des-

219

(2024); R.F. con V.G.B. (2025); Q.L.C. con Consultora e Inmobiliaria Monte Castro SpA (2025).

¹⁴ Esta cuestión es decisiva. El examen acucioso de esta ha sido la base de un debate intenso en el sistema italiano, que dio lugar a la intervención de la jurisprudencia de casación en la famosa sentenza n.º 13533, Sezioni Unite Civili, 30 de octubre de 2001 (puede consultarse texto íntegro en *Bolletino di Legislazione Tecnica*, Fast Find GP15865) por medio de la cual se hace un entero replanteamiento del reparto de la carga de la prueba para las acciones derivadas del incumplimiento: de cumplimiento específico, de resolución y de resarcimiento del daño e, incluso, para las acciones de cumplimiento defectuoso o imperfecto, con hondas repercusiones prácticas. Sin entrar aquí al detalle del análisis, la jurisprudencia de casación se decanta en este pronunciamiento por el establecimiento de un sistema unitario de reparto de carga de la prueba, en el cual se impondría al actor la carga de probar la fuente de la obligación y al demandado el incumplimiento, parejamente tanto se demande el cumplimiento, la resolución o el resarcimiento de perjuicios, o se demande por cumplimiento imperfecto o defectuoso. No compartimos este criterio como una solución normativa, pero sirve para retratar la importancia de la discusión científica de la cuestión.

¹⁵ ROSENBERG (2002), pp. 394-395; CHIOVENDA (1925), p. 260; MICHELI (1961), p. 434; SARACENO (1940), p. 149; VERDE (2003), pp. 426-427.

de el punto de vista procesal que la configuración de la pretensión, esto es, de los hechos constitutivos que la fundamentan, varía sensiblemente.

Para empezar, podríamos decir que el reparto ordinario, con arreglo a la forma clásica de entender el art. 1698, solo impondría al actor el peso de probar el negocio jurídico del que surge la relación jurídico-material que invoca en su posición activa. Pero una regla de esta especie solo se puede sustentar como regla general en el ámbito de las pretensiones referidas a obligaciones de dar o de hacer, mientras que para el caso de las obligaciones de no hacer, ya es inadecuada.

En efecto, en este tipo de obligaciones el demandante pretende por lo general la eliminación de lo realizado con inobservancia de la obligación de no hacer, o la indemnización de los perjuicios que derivan de aquella. Estas dos pretensiones no son procedentes sin el incumplimiento que se erige como inobservancia o contravención a la obligación de no hacer. Así, el incumplimiento se materializa en hechos positivos de inobservancia, los cuales tienen una posición específica respecto de los efectos jurídicos pretendidos por la demandada indiscutiblemente constitutivos. Por eso se dice que aquí el actor debe probar el incumplimiento. Más claro, aquí el incumplimiento es hecho constitutivo de la pretensión o, con más precisión, del efecto jurídico que se deduce¹⁶.

Esto queda expuesto con claridad en el art. 1555 inc. 1.º del CC, que señala:

“toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho”^{17, 18}.

¹⁶ Lo cierto es que hay alguna sentencia que parece suscribir la distinción previa en orden al reparto de la prueba con relación al incumplimiento que se afirma en la demanda. Así, por ejemplo, Telefonía y Comunicaciones S.A. con A.W.A. y otro (2012).

La misma Corte Suprema en M.S.P. con Banco de Chile (2012) impone de nuevo la carga al actor de probar el incumplimiento, pero no queda claro si la Corte estima en la especie que se trata de una obligación de no hacer o de una obligación de hacer. Sorprende, asimismo, que después de citar el art. 1698 del CC en el considerando decimotercero en su clásico alcance, acabe afirmando que correspondía al demandante probar el incumplimiento, sin reparar que con lo dicho previamente no se podría llegar a esa conclusión. Véase considerandos decimotercero y decimocuarto. Esto demuestra de forma palmaria que la fórmula del art. 1698 del CC es inadecuada, y que se aplica como norma en blanco, para luego acabar con una conclusión que se opone con su contenido literal.

¹⁷ Cabe aclarar que el art. 1555 inc. 3.º del CC contempla la posibilidad de otros medios de cumplimiento distintos a la remoción de lo hecho en contravención o a la indemnización de perjuicio, si el objeto que se tuvo en mente al contratar puede obtenerse por esos otros medios. Este remedio genérico es más infrecuente que los primeros: remoción de lo hecho o indemnización de perjuicios. Un interesante estudio sobre los remedios para las obligaciones de no hacer, PINO (2019), pp. 747-760; también BAHAMONDES (2018), pp. 87-91.

¹⁸ SARACENO (1940), p. 149.

2. *Las pretensiones de resolución o de indemnización respecto de obligaciones contractuales*

En segundo lugar, incluso dentro del ámbito de las obligaciones contractuales de dar o de hacer, la regla del 1698 es insuficiente, porque no resulta en rigor aplicable, tal como está concebida, sino para pretensiones de cumplimiento específico, pero no para las otras especies de pretensiones (o remedios). La carga primaria del actor ceñida al negocio jurídico y no al incumplimiento solo es clara para aquellas pretensiones, pero no respecto de las pretensiones de indemnización¹⁹ o resolución²⁰, porque respecto de estas últimas el incumplimiento sí es un hecho constitutivo de ese efecto jurídico pretendido.

Que el cumplimiento específico, la resolución y la indemnización de perjuicios, desde una perspectiva puramente sustantiva sean, “remedios frente al incumplimiento”, como se suele afirmar, no significa que el incumplimiento sea el hecho constitutivo de todas las pretensiones procesales, como tampoco es efectivo, por el contrario, que por aplicación pareja del art. 1698 inc. 1.º, todas las pretensiones tengan solo por hecho constitutivo la obligación, lo cual en la práctica equivaldría tanto como convertir al incumplimiento en un hecho constitutivo presunto, con una clara distorsión de todo el sistema probatorio civil²¹.

Lo cierto es que la obligación de dar la cosa debida existe con el negocio jurídico y se encuentra perfectamente determinada en ese momento. Así, cuando se pretende aquella, el fundamento de esa pretensión se encuentra solo en dicho negocio jurídico. Mientras que, si se pretende la indemnización de perjuicios o la resolución, tales pretensiones presuponen y se sustentan en el incumplimiento y solo existen en la medida que este se haya verifica-

221

¹⁹ LÓPEZ (2015), pp. 23-81, CONTARDO (2015), pp. 13-82, hacen una descripción de los requisitos jurídico-materiales de la indemnización de perjuicios.

²⁰ Sobre la resolución desde un punto de vista sustantivo, MEJÍAS (2011), p. 79 y ss; CONTARDO (2015), p. 13 y ss.; CÁRDENAS y REVECO (2018), p. 317 y ss.

²¹ Teóricos (no solo procesalistas), desde Rudolf von Ihering en adelante, se dieron cuenta de que no se podía incurrir en el traslado mecánico de la norma sustantiva a sede procesal, lo cual, luego, generó todo un largo desarrollo tendiente a afinar los criterios que permiten determinar el hecho constitutivo de la pretensión procesal, que supera la pura consideración nomológica y sustantiva, como más adelante apuntamos.

Es evidente que el incumplimiento (casi) siempre aparece alegado como hecho en el cumplimiento específico, pero esa alegación no lo convierte en hecho constitutivo de la pretensión procesal. Esta se encuentra fundada con la fuente de la obligación, puesto que la prestación que se demanda encuentra fundamento en aquel. Nos remitimos a todas las referencias dogmáticas y jurisprudenciales que demuestran el alcance de lo que se observa. Giuseppe Chiovenda, Pasquale Saraceno, Gian Antonio Micheli, Giovanni Verde, Leo Rosenberg, entre otras muchas, que ya están citadas con precisión, esclarecen este argumento.

do, de modo tal que aquí el incumplimiento tiene respecto de estos efectos jurídicos pretendidos una clara calidad de hecho constitutivo.

En otras palabras, exigir el cumplimiento de una obligación pactada implica pretender un derecho que tiene como único antecedente fundante el negocio jurídico correspondiente. En este supuesto el incumplimiento no tiene una posición constitutiva del efecto jurídico demandado. Acontece exactamente lo contrario cuando se pretende ya no el cumplimiento sino el resarcimiento de perjuicios o la resolución del contrato, los cuales derivan del incumplimiento. Aquí no existe duda: la indemnización emerge como una pretensión concreta solo cuando ha habido un incumplimiento que irroga un perjuicio determinado al demandante, y la resolución del contrato es una pretensión que se construye –constituye– sobre la base del incumplimiento y para el caso de que este se verifique. Estas las distingue de manera fundamental con la prestación pactada que se debe antes y sin necesidad de que haya incumplimiento, y que sigue existiendo de la misma forma aun después del incumplimiento^{22, 23}.

²² SARACENO (1940), pp. 149-150; MICHELI (1961), pp. 431-434; VERDE (2013), pp. 426-427; DEL RÍO (2021), pp. 164-166. En la doctrina civil chilena, BARROS (2006), pp. 721-752, plantea una distinción entre estar obligado y ser responsable, esto es, entre obligación y responsabilidad en sentido estricto, y reconoce que esta distinción entre otras cosas implica una forma de modular la carga de la prueba distinta exactamente con respecto al cumplimiento/incumplimiento. Señala en un pasaje, p. 728, lo siguiente respecto de la acción de cumplimiento específico y la de responsabilidad en sentido estricto: “Ambas acciones están sujetas en nuestra tradición jurídica a requisitos de procedencia diferentes entre sí, pues la primera tiene por objeto hacer valer directamente un derecho que nace del contrato, mientras la segunda es propiamente una acción de responsabilidad en sentido estricto, cuyo éxito depende de requisitos legales diferentes y más estrictos”. Y un poco más adelante añade: “Debido a que la doctrina general de las obligaciones tiende a no diferenciar la situación de ‘estar obligado’ y de ‘responsable de’, se suelen generar malos entendidos [...] De ello no se sigue, sin embargo, que se no se trata de cuestiones diferentes, como se muestra de la comparación de las cargas probatorias del acreedor y las excepciones que puede oponer el deudor en un juicio que tiene por objeto el cumplimiento en naturaleza de una obligación de dar, hacer o no hacer, por un lado, y en juicio de responsabilidad contractual, por el otro”.

Este enfoque civil, por otra vía, llega a la conclusión que el procesalismo alcanza mediante el estudio de la correcta singularización del hecho constitutivo de la pretensión procesal.

²³ SACCO (2004), pp. 947-948, sustenta, sin embargo, una opinión parcialmente distinta en relación con la carga de la prueba respecto de la resolución. Su tesis se sostiene en un argumento de derecho positivo italiano: el art. 1453 comma 2.º del C.G. Esto es en que el actor puede demandar, en la secuela del juicio la resolución cuando se inició el proceso por cumplimiento. De esta norma que admite la modificación sobrevenida de la pretensión, de la demanda, el autor infiere que la construcción de estos dos remedios se sustenta en el mismo supuesto fáctico normativo (*fattispecie*), y no habría ninguna norma que distinga una carga diferenciada.

MARICONDA (2001), pp. 1565-1581, suscribe una tesis semejante, y encuentra sustento parcial en la discutida sentenza n.º 13533, Sezioni Unite Civili, 30 de octubre de 2001 (puede consultarse texto íntegro en *Bollettino di Legislazione Tecnica*, Fast Find GP15865). En el

3. *Las pretensiones de mera certeza negativa*

En tercer lugar, se ha discutido sobre el reparto de la carga de la prueba en las acciones de mera certeza negativa y los distintos tipos de acciones de esta especie, y lo cierto es que la discusión se plantea en unos términos imposibles de encauzar en los límites interpretativos del art. 1698 del *CC*.

comentario a esta sentencia se analiza el cambio de doctrina sobre el reparto de la carga de la prueba en relación con las acciones de cumplimiento, resolución y resarcimiento de daños, la cual hasta ese momento sustentaba que para la pretensión de cumplimiento al actor le bastaba con probar la obligación, y al demandado incumbía probar el cumplimiento, esto es, el hecho extintivo, mientras que en la acción de resolución y de resarcimiento el reparto era distinto, porque precisamente en estos el incumplimiento se consideraba hecho constitutivo fundamento de esas pretensiones.

La nueva doctrina que sienta las Secciones Unidas de la Corte de Casación se decanta por aplicar una regla pareja para todas las acciones contenidas en el art. 1453 del *CCi* y para los casos de cumplimiento imperfecto y defectuoso. Establece que en cualquiera de estas acciones, al actor le basta con probar la obligación y corresponde al demandado la prueba del cumplimiento, y ofrece como argumentos: (a) el principio de persistencia del derecho; (b) la identidad de supuesto normativo de las acciones del art. 1453 del *CCi*; (c) la dificultad probatoria de probar hechos negativos, y la consecuente necesidad de aplicar el reparto con base en el criterio de la cercanía probatoria de los hechos que se encuentran dentro de la esfera de acción del demandado, como sería el cumplimiento.

Lo cierto es que el argumento de generar un tratamiento unitario de todos los tipos de acciones en función de una única regla de reparto es muy criticable si se le quiere presentar como una solución normativa, porque no lo es, con independencia de que pueda ser oportuna o conveniente.

En segundo lugar, apelar a la presunción de permanencia de las obligaciones es un argumento que ha sido criticado desde largo tiempo, porque carece de sustento y apego a la realidad. De hecho, la realidad demuestra que las obligaciones se cumplen oportunamente por regla general, y la excepción es que pervivan como obligaciones incumplidas.

En cuanto al argumento de que las acciones del art. 1453 del *CCi* se sustentan en el mismo supuesto normativo (*fattispecie*) carece de rigor técnico. El supuesto normativo sustantivo se determina por el efecto jurídico. Por lo demás, si fuera por el puro contenido del precepto, en todas ellas el tema de prueba habría de ser el incumplimiento, y así con esa lógica habría que concluir que la carga gravita en todos los casos en el actor, lo cual es tan erróneo como lo contrario.

En fin, no deja de ser sintomático de cuál sea la razón decisiva de la sentencia italiana, cuando menciona y esgrime la naturaleza de hecho negativo del incumplimiento y el principio de cercanía de la prueba. Este argumento no tiene ningún sentido, si los argumentos normativos y sustantivos esgrimidos fuesen adecuados y suficientes. Si la tesis de reparto se sostuviese en el mismo supuesto normativo o en la existencia de una presunción de permanencia de las obligaciones, no habría ninguna necesidad de esgrimir argumentos contradictorios a estos, como son: el carácter negativo del incumplimiento, la dificultad probatoria y la consecuente necesidad de poner, entonces, la carga sobre el demandado de probar el cumplimiento con arreglo a la doctrina de la cercanía de la prueba. Estos criterios de adecuación se utilizan cuando el reparto normativo trae aparejada una solución insatisfactoria que puede derivar en una merma en la eficacia de la tutela de la prueba.

Como es bien sabido, las pretensiones de mera certeza pueden ser positivas, en caso de que mediante ellas se impetre la pura declaración de un derecho o interés legítimo del actor. Son, en cambio, pretensiones de mera certeza negativa aquellas que piden la declaración negativa de un derecho del demandado o de una situación jurídica que le pueda favorecer, como puede ser, por ejemplo, el caso de la denominada *actio negatoria servitutis* o las acciones de nulidad o de simulación.

Los que sostienen –como hace Giuseppe Chiovenda²⁴– que en este tipo de acciones corresponde al actor el peso de la prueba ponen sobre él, incluso, el peso de la prueba de la inexistencia del derecho del demandado –además del interés y la legitimación–. Es decir, imponen al actor la carga de probar los hechos impeditivos, excluyentes o extintivos del derecho que se niega, que son hechos “constitutivos” de su pretensión.

Otros, en cambio –como María Pía Calderón²⁵–, distinguen dos hipótesis de trabajo distintas. Cuando se alega por el actor la *inexistencia sobrevenida*²⁶ de un derecho, que existió en el pasado, pero que ha quedado extinguido o ha perdido eficacia jurídica, y el caso en que se alega la *inexistencia originaria*²⁷ del derecho del demandado. En la primera hipótesis sustenta que la carga la soporta el actor –la de probar la inexistencia sobrevenida– y, por lo tanto, la de probar el hecho extintivo, además de los hechos impeditivos o excluyentes del derecho que opone o tiene el demandado.

Por el contrario, en el caso que la inexistencia del derecho sea originaria, dice la autora, la regla de reparto cambia. Sostiene que, por la dificultad probatoria de comprobar la inexistencia del derecho que entraña, esta hipótesis se sujeta al art. 217.7 de la LECiv. española y, por aplicación de la regla de facilidad probatoria, correspondería al demandado probar la existencia del derecho.

Esta posición se sustenta en la dificultad probatoria que entrañaría probar un hecho negativo indefinido, es decir, un hecho negativo respecto de la nada, de la inexistencia originaria²⁸.

En una posición parcialmente distinta se encuentra Giovanni Verde²⁹. Este sustenta, para el caso de las acciones de mera certeza negativa, que el reparto probatorio no puede imponer al actor la carga de probar la inexistencia.

²⁴ CHIOVENDA (1936-1940), p. 245 y ss.

²⁵ CALDERÓN (2008), pp. 167-192.

²⁶ Advierte la autora citada que se utiliza esta expresión en un sentido amplio, y no en un sentido técnico.

²⁷ Esta expresión, lo mismo que la anterior, tiene un valor más bien gráfico que estrictamente jurídico, como advierte la autora.

²⁸ Sobre la dificultad o imposibilidad de probar hechos negativos indefinidos o indeterminados, TARUFFO (2005), p. 138 y ss.; RUSSO (2013), pp. 136-137; DEVIS (2019), pp. 201-203 y 485-487; DEL RÍO (2021), p. 128.

²⁹ VERDE (2013), p. 499 y ss.

tencia del hecho ajeno, que este elemento no es un hecho constitutivo de su pretensión, sino un hecho impeditivo³⁰. El fundamento del autor es que en las acciones de este tipo la tutela se pide frente a agresiones de una situación jurídica, con lo cual, siendo este el fundamento de la tutela que se reclama, el actor soportaría la carga de probar dichas agresiones, los hechos que la configuran, pero no se le podría imponer adicionalmente la prueba de la ilegitimidad de esas agresiones, esto es, la carga de probar la inexistencia del hecho que podría amparar la legitimidad de esas agresiones, puesto que eso debe ser tratado como hecho impeditivo que soporta el demandado, como acontece, por ejemplo, con la *actio negatoria servitutis*³¹. En este tipo de acciones la posición formal del proceso no se corresponde con la posición material de las partes. El que acciona en principio se defiende y, aunque pretende y alega la negación de un derecho o interés legítimo del demandado, su carga se ciñe a probar su derecho, vale decir, el dominio del predio o inmueble, y el demandado queda gravado con la prueba de su derecho, la servidumbre, que es sobre lo cual se litiga³².

En derecho chileno esto ha sido objeto de análisis. En efecto, en el caso E. con B.³³ sobre acción negatoria de servidumbre, queda claro que el juez entiende que el actor soporta solo la carga de probar su dominio, y estima que recae sobre el demandado la prueba de la existencia de su derecho de servidumbre. Este reparto no encuentra acomodo y explicación en la letra del art. 1698 del CC, puesto que la carga de alegación y la carga de la prueba siguen cursos distintos. El actor alega la “inexistencia”, que es una alegación distinta a la alegación de la obligación o del negocio jurídico, y desde luego distinta a la alegación y prueba de la “extinción” de la obligación.

Por otro lado, una segunda hipótesis de acción de certeza es aquella constituida por hechos que buscan excluir la existencia de una fuente de carácter convencional que vincula al actor a una relación jurídica predeterminada o, bien, que excluye la referencia de los efectos de aquella al actor. Son los casos de las acciones de nulidad, de simulación, entre otras, en las cuales estas aparecen enderezadas a excluir la existencia o la referencia de los efectos de la fuente normativa.

En estos casos el perjuicio del actor no deriva de una actividad del demandado que se suponga contraria a su propia situación jurídica:

³⁰ VERDE (2013), p. 526 y ss.

³¹ Este tipo de acciones se presentan también en la jurisprudencia chilena: E. con B. (2013) y E. con B. (2015).

³² VERDE (2013), pp. 460-462.

³³ E. con B. (2013). Puede verse en particular el considerando decimotercero, en el cual queda en evidencia la forma de entender el reparto de la carga en este caso.

“sino del hecho de que existe una situación, que se supone solo ‘aparente’, de investidura en una de las posiciones que son parte de una relación jurídica intersubjetiva o en todo caso de una situación en la que los efectos jurídicos de tal relación alcanzan al actor”.

En esta hipótesis, sostiene Giovanni Verde, corresponde:

“al actor dar prueba de los hechos que justifican la pretensión de ilegitimidad del perjuicio que él padecería de continuar involucrado en la situación jurídica relativa a la fuente normativa impugnada. Será entonces el actor el que deberá probar los hechos que justifican la inexistencia o la nulidad de la fuente de la relación o en todo caso la no referencia a él de los efectos de esta, mientras que al demandado no le competen específicos temas de prueba que no sean aquellos que caso a caso se desprendan de la disciplina de las situaciones jurídicas deducidas en el juicio”³⁴.

Como es evidente, todas estas consideraciones hacen manifiesta la insuficiencia del art. 1698 del CC. Es imposible abordar este tipo de cuestiones relativas al reparto con esta disposición³⁵.

226

4. El art. 1698 incide en la incorrecta comprensión del concepto de excepción de mérito, en cuanto omite los hechos impositivos y excluyentes, y confunde la carga de alegación con la carga de probar

En cuarto lugar, el art. 1698 del CC no contempla a los hechos impositivos³⁶ ni a los excluyentes. No se plantea la existencia de estos tipos de hechos, que producen unos efectos jurídicos que en absoluto se pueden asimilar a los

³⁴ VERDE (2013), p. 534.

³⁵ SARACENO (1940), p. 142 y ss.; MICHELI (1961), pp. 430-431; MONTERO (2007), p. 130; VERDE (2013), p. 499 y ss; VERGÈS (2013), pp. 81-99; MAZZARIOL (2023), pp. 580-613.

³⁶ Aunque se haya dicho que la fórmula del art. 1698 del CC, cuando se refiere a la extinción de las obligaciones abarca los hechos impositivos, como señala ERBETTA (2021), p. 84

La solución de complementar la letra del precepto pone en evidencia la misma insuficiencia del precepto. Pero, además, la solución es insatisfactoria, porque parte de la asimilación del hecho extintivo con los impositivos, cuando tienen una naturaleza distinta y, por otra parte, olvida la categoría de los hechos excluyentes, los cuales se comportan de forma muy diversa desde el punto de vista del tipo de excepción a la que dan lugar, y muy diversa desde el punto de vista de la carga secundaria del demandado de alegar y probar. No se puede confundir desde estos puntos de vista el pago, los motivos de nulidad absoluta, los vicios del consentimiento y la prescripción, entre otros.

Por esto mismo, la doctrina siempre ha distinguido estos tipos de hechos, y las excepciones a que dan lugar, y los tipos de cargas que sobre estos hechos se despliegan.

que tienen los hechos extintivos, y esto no se puede eludir con el argumento de que en cualquier caso esos hechos, al igual que los extintivos, gravan al demandado. En efecto, hay diferencias importantes insoslayables entre estos hechos vinculadas con la carga de alegación y su establecimiento en el proceso.

Esta insuficiencia del art. 1698 se agrava porque concurre con el error de no diferenciar adecuadamente la carga de alegación de la carga de la prueba. El precepto en cuestión da a entender que la carga de alegar se corresponde simétricamente con la carga de probar, cuando lo cierto es que no son conceptos congruentes, sino autónomos y con un alcance diferenciado. “Incumbe probar [...] al que alega aquéllas o ésta”. La norma del *Código* ha inducido a la errónea idea de que cada parte soporta la carga de probar todo lo que alega y que tiene que alegar todo lo que debe resultar probado para obtener una sentencia favorable³⁷. En concreto, da a entender que las excepciones de mérito son solo hechos extintivos y que estos deben ser siempre alegados y probados por el demandado, y lo cierto es que ninguna de estas dos cosas es exacta. Hay excepciones de mérito que se fundan en hechos de otra naturaleza, y tampoco es efectivo que esos hechos deban ser siempre alegados por el demandado que resulta favorecido con aquellos, para que el juez pueda tenerlos por probados.

Estas imprecisiones del art. 1698 del CC: la omisión de los hechos impositivos y excluyentes, y, por otra parte, la confusión de la carga de alegación con la carga de la prueba, son yerros que comprometen la consideración adecuada de las excepciones de mérito y de cómo interactúan estas con la carga de alegación y con la carga de la prueba.

227

5. La carga de la prueba respecto de supuestos normativos procesales

En quinto lugar, en los procesos judiciales cabe aplicar normas procesales y respecto de estas se presenta con cierta frecuencia la falta o insuficiencia pro-

³⁷ SALGADO (1979) p. 60. Con sentido crítico, HEDEMANN (2019) p. 85, nota al pie 15, pone de relieve la misma antigua confusión en derecho alemán hasta la entrada en vigor del CC alemán. DAMIÁN (2007), p. 21; VOGT (2018), pp. 253-257; AHRENS (2019), p. 99; DEL RÍO (2019), pp. 330-334.

La idea simple –pero errónea– de que la carga la soporta el que afirma y que este, en consecuencia, ha de probar todo lo que afirma, sin embargo, tiene un sustento intuitivo en nociones como aquellas en que el que avanza una afirmación que se opone al estado de cosas existente soporta la carga, basadas en lo que se ha denominado la presunción de permanencia del estado de hecho y de derecho, teoría que está superada en el campo de la carga de la prueba, desde hace más de un siglo, HEDEMANN (2019), pp. 100-107. Una cosa distinta acontece en el ámbito discursivo y argumentativo en el que la carga de argumentación opera sobre la base del principio perelmaniano de inercia, como sostiene ALEXY (2017), pp. 274-278 y 406.

batoria de los elementos fácticos que conforman el supuesto normativo. Es evidente, entonces, que la carga de la prueba y la necesidad de reparto también se verifica respecto de los supuestos procesales.

Sin embargo, la regla del art. 1698 del CC es inadecuada, puesto que en el derecho procesal no suele tener cabida el concepto de obligación en que aquella se basa, ni menos el de extinción de las obligaciones³⁸. Estos conceptos son inapropiados, y no se corresponden con la inmensa mayoría de los supuestos fácticos procesales que cabe aplicar en el proceso.

Se ha dicho que el reparto se rige en este tipo de asuntos por criterios específicos como el del interés, u otras veces por un criterio de favor o de posición favorable de alguna de las partes o derechamente atendiendo al efecto jurídico pedido en cada caso³⁹.

*6. El art. 1698 del CC es una norma en blanco
que si no es integrada con el efecto jurídico pedido
carece de capacidad para realizar con ella el reparto de la carga de la prueba*

Los ejemplos que apuntamos prueban que una interpretación del art. 1698 del CC como una regla de juicio que opera sobre la base de un reparto invariable, con temas fijos de prueba, con solo dos clases de hechos, y con una entera simetría de la carga de alegación con la carga probatoria, es un error palmario. De ahí que sea frecuente en la jurisprudencia la cita puramente formularia del art. 1698 del CC, para luego proceder sin ningún problema a hacer un reparto que a veces se aparta de lo que ese precepto establece en términos literales⁴⁰.

En afinidad con todo lo apuntado sostenemos que el art. 1698 del CC es una norma en blanco que no contiene la regla de juicio, ni establece un reparto de la prueba por sí misma. Es por esto por lo que la única interpretación

³⁸ El reparto de la carga de la prueba con relación a supuestos normativos procesales es una cuestión que se han planteado expresamente ROSENBERG (2002), pp. 437-446; MICHELI (1961), p. 465 y ss; VERDE (2013), pp. 394-399 y ss.; DEVIS (2019), pp. 487-488.

³⁹ *Ut supra*.

⁴⁰ En efecto, este fenómeno es recurrente. Como ejemplo pueden citarse: G.M. con Instituto de Seguridad del Trabajo (2016); M.M. con C.J. (2017); M.M. con C.J. (2017); T.C. con C.C. (2020), todas relativas a responsabilidad contractual médica.

Otros ejemplos muy frecuentes son los pronunciamientos relativos a la acción de precario en los cuales las referencias al art. 1698 del CC son formularias, para poner el acento en la interpretación del art. 2195 inc. 2.º, y el reparto que se extrae del mismo no coincide con el art. 1698 del CC, sino que violenta su usual forma de interpretación, esto es, que corresponde al actor probar los “presupuestos de su derecho”. Como botones de muestra, en una abundante jurisprudencia, puede consultarse en el último tiempo: M.S. con R.G. (2021); C. con A. (2023); Agrícola El Arenal y Forestal Río Lindo Limitada con O. (2024); V.G. con V.F. (2024).

posible es ver en ella nada más que un principio de reparto que se enunciar de forma genérica así: las partes soportan la carga de la prueba de los hechos que le favorecen. Pero de este principio no resulta una regla de reparto determinado. Para que esa norma en blanco se constituya en una regla de reparto debe ser integrada con el supuesto normativo aplicable singularizado por el efecto jurídico. En efecto, ella siempre⁴¹ requiere ser integrada con el efecto jurídico pedido, puesto que solo mediante esta vía cobra eficacia real la clasificación de los hechos y se hace posible la determinación del tema de prueba, lo cual es imprescindible para que opere la regla de reparto y la regla de juicio en el caso concreto, que se resuelve en la forma de interpretar y aplicar la norma reguladora de la relación o situación de la controversia.

Por ejemplo, Juan Montero sobre el derogado art. 1214 del *CC* español, con contenido equivalente al art. 1698 del *CC* señala:

“la regla general del viejo artículo 1214 del CC, cuando decía que ‘incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone’ era claramente incorrecta e incompleta; incorrecta porque no se prueban las obligaciones ni los derechos subjetivos, sino los hechos, o mejor, las afirmaciones sobre los hechos, e incompleta porque no hacía referencia a los hechos impositivos ni a los extintivos. Aún integrada la regla con la referencia a estas dos clases de hechos, y entendiendo también incluidos los modificativos, los problemas surgían de que no siempre está clara la naturaleza de un hecho, por cuanto ésta no es absoluta sino relativa, determinándose conforme a la relación jurídica que se deduce en el proceso”⁴².

229

Gian Antonio Micheli⁴³, respecto del art. 1312 del *CC* italiano de 1865 derogado, que en la práctica contenía la distribución legal de la carga semejante a la del art. 1698, apunta:

“el partir, en cambio, de una rígida interpretación del art. 1312, como si tal artículo dividiese entre las partes determinadas *themata probanda*, a base del criterio de la división tripartita de los hechos, ha conducido a no pocas dificultades, al sobrevalorarse el contenido de la de-

⁴¹ ANDRIOLI (1967), p. 293 y ss, es el autor que advierte la necesidad de integrar este tipo de normas previstas en los *Códigos Civiles* por las razones que apuntamos. Es Virgilio Andrioli el que se refiere a ellas como normas en blanco. Posteriormente otros autores han relevado la importancia de esta aproximación al tema: VERDE (2013), pp. 158-160; DI COLA (s/f), apartado 2.

⁴² MONTERO (2007), p. 130.

⁴³ MICHELI (1961), pp. 430-431.

manda, y no considerando consiguientemente la posición ocupada por la parte en juicio. Así ha ocurrido, a mi entender, respecto de la prueba del incumplimiento, cuando el actor exija la resolución del contrato, a tenor del art. 1165 del Cód. civ. (art. 292 del Libro de las Obligaciones). En efecto, el incumplimiento de la contraparte representa un hecho constitutivo del efecto jurídico exigido por el actor, el cual se refiere precisamente a la disposición antedicha. En sentido contrario no se puede oponer que el cumplimiento constituya siempre un hecho extintivo y, por tanto, a probarse por el demandado, puesto que el mismo no se debe considerar como un tema fijo de prueba, dado que el art. 1312 contempla una *specie* precisa, esto es, aquella en que el acreedor (actor) pide al obligado (demandado) el cumplimiento de su deber. En este caso, naturalmente el actor puede limitarse a la prueba del nacimiento de la obligación mientras que incumbe al demandado la demostración de que ésta ha sido cumplida. En la hipótesis ahora planteada, en cambio, el actor pide la resolución de un contrato por incumplimiento de la contraparte; la situación, por tanto, es bien diversa: hecho constitutivo, respecto de la hipótesis legal invocada por el actor es precisamente el incumplimiento [...]"⁴⁴.

230

En derecho francés todavía está en vigor la norma equivalente al art. 1698 chileno. Este es el art. 1353 del *CC* francés. El precepto señala:

“el que reclama la ejecución de una obligación debe probarla.

En forma recíproca, el que se considera liberado debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”.

Lo cierto es que si creemos lo que refiere Etienne Vergès⁴⁵ se puede constatar que un grueso contingente de casos y problemas de reparto probatorio son resueltos de una manera que contradice la disposición citada y sus posibilidades interpretativas. Además, la desvinculación jurisprudencial al art. 1353 de *CC* tiene respaldo normativo porque en el régimen francés existe otra disposición que regula el reparto de la carga de la prueba, como es el art. 9 del *CPC* francés que establece una regla legal distinta, que señala: “incumbe a cada parte el probar conforme a la ley los hechos necesarios para el éxito de su pretensión”.

En fin, el caso del derecho colombiano es relevante porque tiene el mismo precepto que el *Código* chileno, en el art. 1757 de su propio *CC*, que está tomado literalmente del chileno, cuya aplicación en la actualidad queda re-

⁴⁴ VERDE (2013), pp. 158-160 y 499 y ss.

⁴⁵ VERGÈS (2013), pp. 81-99.

ducida a las obligaciones contractuales. La norma general aplicable es aquella formulada en el art. 167 del *Código General del Proceso* colombiano, y que dispone: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, reconociendo una fórmula más ajustada a la doctrina normativa de Leo Rosenberg y Gian Antonio Micheli⁴⁶.

Todo esto demuestra que el art. 1698 del *CC* y disposiciones semejantes no pueden proveer una solución directamente aplicable porque no se hacen cargo de lo esencial. Esto es, que el reparto no se puede comprender en el caso concreto sin atender a los temas de prueba, esto es, a los hechos necesitados de prueba⁴⁷, lo cual es esencial para aplicar la regla de juicio.

De ahí el fracaso sistemático de estas disposiciones, si en ellas se quiere ver una regla rígida de reparto por ver en ella temas fijos de prueba, prescindiendo de la idea de relatividad de los hechos. La pregunta clave de la carga de la prueba es quién tiene que probar qué cosa, y ello no se resuelve bien con la simple y sola aplicación del 1698 del *CC*, tal como está concebida en sus términos literales.

II. LA NECESIDAD DE IR MÁS ALLÁ DEL ART. 1698 DEL *CC* PARA ACERCARSE A LA CARGA DE LA PRUEBA

231

Todos⁴⁸ los que han entendido el fenómeno del derecho material y su realización jurisdiccional han advertido –más allá de las diferencias teóricas existentes– que el derecho material no es pura enunciación de normas en

⁴⁶ DEVIS (2019), pp. 462 y 488. Nótese que el art. 167, añade, además, la denominada carga dinámica de la prueba en los incisos 2.º y 3.º del propio art. 167 señalado: “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código”.

⁴⁷ ANDRIOLI (1967), p. 292 y ss. Este autor pone un marcado énfasis en este aspecto esencial para que el reparto de la carga se pueda materializar.

⁴⁸ Por ejemplo, Rudolf von Ihering, Leo Rosenberg, Enrico Finzi, Gian Antonio Micheli, Giovanni Verde, en las obras que citamos en este trabajo.

clave solamente nomológica, es decir, como meras proposiciones declarativas de significado contenido en la ley. Que, por el contrario, las normas tienen una evidente vocación aplicativa, y que en esta dimensión las normas son de una manera y se comportan de una forma que no se reduce a la simple trasposición desde un enfoque nomológico al funcional/aplicativo (crinológico)⁴⁹.

Esta cuestión es la que está envuelta en el denominado principio de simultaneidad y la simplificación del supuesto normativo, por una parte, y, por otra, en el problema derivado de la determinación del tipo de hecho de que trata en cada caso la norma y del hecho necesitado de prueba. La claridad sobre estas cuestiones permite abordar el problema del reparto y explicar de mejor manera de qué depende y cómo opera.

1. El principio de simultaneidad y la carga de la prueba como reacción

El denominado principio de simultaneidad –descrito y estudiado en profundidad por la doctrina, desde Rudolf von Ihering en adelante⁵⁰– sustenta la correspondencia entre el hecho perfecto y el hecho eficaz, de modo que la aplicación de un efecto jurídico determinado dependa de la concurrencia –comprobación– de todos los hechos que condicionan la liberación del efecto jurídico mismo, según las normas jurídicas del caso.

La dogmática ha tenido claro, sin embargo, que la aplicación de este principio sin más supondría una extensión de la necesidad de prueba que haría muy difícil obtener una sentencia estimatoria⁵¹, aunque en un sentido puramente nomológico tenga valor. Cabe citar un fragmento de Rudolf von

⁴⁹ Esta distinción de dos aproximaciones distintas de análisis. El nomológico, como análisis meramente declarativos de significados y, por otra parte, crinológico, que mira en cambio a la función aplicativa de las normas en relación a los efectos jurídicos contemplados en aquellas, se basa en la explicación de VERDE (2013), p. 201 y ss., cuestión que abordamos más adelante.

⁵⁰ La referencia al principio de simultaneidad en estos términos es una observación que la dogmática ha puesto de relieve de distintas maneras. IHERING (1900), p. 164 y ss.; RUBINO (2017), pp. 169-170; VERDE (2013), p. 179 y ss, y pp. 185-194. De hecho, teorías tan fundamentales como la de la simplificación analítica de las condiciones legales, que debemos a Rudolf von Ihering, después ha sido fundamental para el desarrollo de la teoría de la posesión de los derechos, de FINZI (2021), que en gran medida es una teoría de la carga de la prueba que propone el autor para explicar cómo, no obstante, el principio de simultaneidad en el plano sustantivo puede operar una norma material con la sola prueba de la posesión formal del derecho. Misma cuestión está a la base del concepto de la teoría de la excepción, como se encargan de apuntar BOLAFFI (2013), pp. 39-43; FABBRINI (1989a), pp. 338-341 y FABBRINI (1989b), pp. 503-504.

⁵¹ *Ut supra.*

Ihering⁵² que ha influido de forma decisiva en el desarrollo del tema que nos ocupa. Señala este autor:

“los derechos solo se hacen valer con éxito cuando suministran la prueba de sus condiciones legales, es decir, el conjunto de condiciones a las cuales la ley ha subordinado su existencia. La prueba es el precio de los derechos que se pide á la justicia que consagra. Si el precio es elevado, es decir, si la prueba es circunstanciada y difícil, el valor práctico de los derechos disminuye otro tanto [...]. Facilitar la prueba en la medida más extensa posible es uno de los puntos más importantes que, en la formación de los derechos, ha debido fijar la atención del legislador y atraer las miradas de la ciencia [...]”.

Y seguidamente añade:

“Dos medios sobre todo, dos procedimientos, han sido puestos en obra en el Derecho romano para simplificar las condiciones legales. Uno y otro han tenido grande importancia. El primer medio consiste en agregar esas condiciones á *criteriums* exteriores y fáciles de escoger [...]. El segundo medio, que va á ser objeto de nuestro estudio, se funda en la simplificación analítica.

La esencia de esta operación consiste en separar de las condiciones legales de una relación cualquiera algunos de los elementos necesarios para constituirlos y darles forma de principios y medios de derecho especiales, y para que tengan su efecto propio e independiente. Así la relación jurídica es obra, no de una fuerza única, sino de dos fuerzas, en cada una de estas obras en una dirección especial, pero cuyo conjunto se produce en dirección diagonal”.

La simplificación de las condiciones legales en esa lógica responde a la idea de aligerar el esfuerzo probatorio, y acoger, de paso, la lógica motriz y dinámica del proceso, como acción y reacción. De ahí que este fragmento resulte tan estimulante, por ejemplo, para autores como Enrico Finzi⁵³, y también para aquellos que se han ocupado del estudio de la teoría de la excepción, como es el caso de Renzo Bolaffi⁵⁴ y Giovanni Fabbrini⁵⁵.

⁵² IHERING (1900), pp. 223-225. No es casual que FINZI (2021), p. 369, nota 1, resaltara la trascendencia de este fragmento, y que luego acabara su obra, pp. 441-442, con una referencia de nuevo a la trascendencia de esta idea.

⁵³ FINZI (1915/2021), pp. 369, nota 1 y pp. 441-442.

⁵⁴ BOLAFFI (1936), pp. 39-43.

⁵⁵ FABBRINI (1989a), pp. 338-341 y FABBRINI (1989b), pp. 503-504.

Por otra parte, en cuanto al origen de la carga de la prueba, Leo Rosenberg señala que ese origen:

“está en el principio –ya tratado– de la aplicación del derecho, según el cual el tribunal debe estar convencido positivamente de la existencia de los presupuestos de la norma cuya aplicación se discute. Cualquier duda con respecto a uno solo de estos presupuestos impide que el juez reconozca la aplicabilidad de la norma. Por eso la carga de la certeza pesa sobre la parte en cuyo provecho redundaría el efecto de la norma. Pero el alcance de la carga se determina por el alcance de aquellos presupuestos”⁵⁶.

No se hace suficiente énfasis en la última parte del párrafo –“Pero el alcance de la carga se determina por el alcance de aquellos presupuestos”– fragmento que adquiere sentido con lo que añade Leo Rosenberg:

“el derecho objetivo puede convertir alguna circunstancia de hecho en presupuesto positivo de un derecho o el contrario de esta circunstancia en presupuesto negativo. Los presupuestos positivos deben constar, si ha de ser reconocido el derecho; la simple duda respecto de su existencia conduce a la desestimación. A la inversa, el tribunal no debe tener la convicción positiva de los presupuestos de la segunda clase porque su existencia tiene por consecuencia la desestimación del derecho reclamado; la duda respecto de su existencia no impide eso, el reconocimiento del derecho. De ello se infiere que los primeros presupuestos corresponden a la carga de la certeza de quien pretende el derecho, y los segundos a la carga respectiva de su adversario. Quien pretende el derecho, solo consigue su meta cuando constan los presupuestos positivos de su derecho y en tanto los presupuestos negativos no son más [que] dudosos para el tribunal; en cambio, el adversario gana cuando es meramente dudosa la existencia de los presupuestos positivos, o bien cuando es cierta la existencia de los negativos”⁵⁷.

Que las normas jurídicas que configuran el derecho objetivo estén concebidas en los términos que sugiere Leo Rosenberg es lo que permitiría inferir la distribución de la carga de la prueba, y, al mismo tiempo, permite comprender que esta no es una realidad normativa con existencia propia e independiente.

⁵⁶ ROSENBERG (2002), pp. 43-44.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 44.

Con un enfoque general, la carga probatoria es cuestión que debe ser analizada desde la perspectiva de la aplicación del derecho. Por eso Leo Rosenberg⁵⁸ dice:

“la doctrina de la carga de la prueba es una parte de la teoría de la aplicación del derecho; no sólo el principio de distribución de esta carga debe deducirse del modo de aplicación del derecho sino que también deben serlo los detalles de la distribución, a menos que éstos estén aclarados ya mediante una norma expresa sobre la carga de la prueba o mediante una presunción legal”.

2. Principio de simultaneidad y el hecho impeditivo como instrumento de flexibilidad normativa

En el sistema de reparto normativo se ha entendido que el hecho impeditivo es el instrumento por medio del cual se concede el mayor grado de flexibilidad procesal posible dentro de la propia lógica de un régimen jurídico preconstituido de criterios de reparto, que responde a un fenómeno que evidencia que el reparto de la carga de la prueba se separa del análisis jurídico puramente nomológico regido por el principio de simultaneidad, y que exige al tiempo de un segundo nivel de análisis de la norma jurídica y del supuesto normativo en juego en el proceso, de carácter funcional o crinológico.

235

Sobre el hecho impeditivo ha dicho Giovanni Verde:

“es el instrumento dogmático más refinado que el positivismo jurídico ha sabido idear para exaltar hasta el límite extremo el coeficiente de elasticidad de los cánones de valoración preconstituidos en el seno del ordenamiento. A través de este instrumento, en efecto, ha sido posible perseguir el objetivo de la simplificación del supuesto normativo, por efecto de la cual siempre se han reducido sensiblemente las cargas probatorias de la parte en el proceso”⁵⁹.

Con lo anterior, Giovanni Verde⁶⁰ está anticipando la repuesta que hay en la distribución de la carga de la prueba y, en particular, la respuesta que hay por la vía de la concepción del hecho impeditivo al principio de simultaneidad, según el cual debería existir plena correspondencia del hecho efi-

⁵⁸ ROSENBERG (2002), p. 27. MICHELI (1961), p. 210 y ss, en este punto señala que la carga de la prueba pertenece a aquel sector del ordenamiento jurídico que denomina como el derecho para la aplicación del derecho. Es decir, el derecho que regula justamente la actividad y la forma en que se ha de juzgar y, por lo tanto, la aplicación del derecho.

⁵⁹ VERDE (2013), pp. 180-182.

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 185-187, explica en detalle este punto.

caz con el hecho perfecto, de modo que la consecuencia jurídica solo se libera en cuanto se verifique el supuesto normativo en su integridad, y si esos efectos se han liberado solo un supuesto normativo autónomo concurrente puede extinguirlos o modificarlos. Y, por el contrario, si el efecto jurídico no se libera es porque el supuesto normativo del que depende no ha sido perfecta e íntegramente verificado.

La clave de comprensión está en que el hecho impeditivo rompe con lo indicado, puesto que la incardinación del mismo en el supuesto normativo invocado permite predicar la separación entre hecho perfecto y hecho eficaz. El efecto jurídico se puede liberar con tal que se comprueben los elementos constitutivos expresados positivamente en la norma como tales, sin que sea menester que se comprueben los elementos constitutivos que aparecen en la norma en calidad de impeditivos.

Para Giovanni Verde la explicación más satisfactoria del hecho impeditivo en la estructura del supuesto fáctico normativo en relación con el efecto jurídico está en distinguir las perspectivas de análisis que se sitúan en planos distintos: nomológica –es decir, como mera proposición declarativa del significado contenido en la norma– y crinológica –es decir, funcional y aplicativa de la norma– según los cuales puede ser observado el supuesto normativo y la individuación del hecho o del supuesto impeditivo.

Si el asunto se mira desde una perspectiva nomológica el principio de simultaneidad tiene valor explicativo. Desde el punto de vista nomológico se analiza la norma y el supuesto normativo con un propósito descriptivo y meramente declarativo del significado jurídico contenido en aquellos, que es el cometido que realiza el intérprete sin pretensiones aplicativas de ninguna especie. Desde esta perspectiva el hecho impeditivo no puede aparecer sino dentro del supuesto normativo, pero con un valor invertido, como un elemento constitutivo más del efecto jurídico respectivo. Alineado con todos los *demás* hechos constitutivos de los cuales depende el desencadenamiento del efecto jurídico⁶¹.

⁶¹ VERDE (2013), pp. 202-203. “El intérprete opera a través de proposiciones meramente declarativas del significado contenido en las normas y estas consideran ‘relevante’ lo que es sujeto a predicción jurídica. El problema de la eficacia, bajo este ángulo visual, tiende a ser completamente absorbido en aquel de la relevancia”.

“El supuesto normativo puede ser simplemente descrito, ya que aquí entran en juego proposiciones lingüísticas cuyo significado debe establecerse. El efecto jurídico tiene, en este ámbito, la importancia del tema que sirve a delimitar el campo de la investigación. En el desenvolvimiento del tema, el intérprete, por esto, alinea los elementos del supuesto como las demás prótasis de un período hipotético, cuya apódosis integra el efecto jurídico. En esta operación el elemento impeditivo no puede ser retratado sino en su contrario y ser alineado de modo indiferenciado junto a las otras ‘prótasis’: ello encuentra colocación solamente poniéndolo con signo invertido en el cuadro del supuesto constitutivo”.

Sigue de cerca estas explicaciones, MAZZARIOL (2023), p. 582 y ss.

Pero es evidente que las normas no son solo objeto de análisis nomológico explicativo del significado y contenido de aquellas. Junto a este nivel de análisis, las normas son reglas de conducta con vocación aplicativa. Desde este ángulo el principio de simultaneidad jurídica no tiene cabida, o mejor, se quiebra, precisamente porque el enfoque funcional, es decir, aplicativo de la norma, aparece vinculado al reparto probatorio, que opera con base en la distinción entre el hecho constitutivo y el hecho impeditivo. Esto es lo que conduce a distinguir un supuesto o hipótesis en este nivel de análisis. Dice Giovanni Verde:

“puede así darse que en vista de un cierto efecto sea predispuesta una hipótesis, por decirlo así, mínima, junto a la cual rotan una o más hipótesis accesorias y complementarias marcadas precisamente por la particularidad de contener toda la hipótesis mínima o principal y, además, un nuevo elemento capaz de quitar el valor abstractamente reconocido por el ordenamiento a la primera.

La operación, que no es concebible en el plano nomológico, se puede lograr solamente desde el punto de vista crinológico. Desde este, en efecto, es posible la distinción entre relevancia y eficacia, la primera resolviéndose en la subsunción, que es la posibilidad de reconducir el caso a un paradigma normativo y, luego, de expresar un juicio hipotético (si se verifica el hecho A); la segunda presuponiendo un juicio asertorio (entonces se verifica el efecto B), por el cual termina con depender de un nexo entre dos juicios”⁶².

237

En otras palabras, la perspectiva nomológica analiza la norma y describe la hipótesis de hecho a la cual esta vincula consecuencias jurídicas, y no hace la distinción entre relevancia y eficacia, puesto que en ella la relevancia y eficacia tienden a coincidir, en tanto el efecto jurídico está vinculado a todos los elementos fácticos necesarios para su producción desde un punto de vista lógico-formal⁶³, incluyendo al hecho impeditivo, pero con signo invertido, vale decir, como hecho constitutivo con relación al efecto jurídico. En consecuencia, no son posibles gradaciones de eficacia. Los hechos hipotéticos se alinean uno detrás del otro⁶⁴.

Pero desde el ángulo funcional de lo que se trata es plantearse, no ya un problema de interpretación puramente abstracta de una norma, sino de su aplicación concreta, para lo cual el operador subsume en concreto un episodio en la norma. Esta –la subsunción– sería posible cuando se comprueba

⁶² VERDE (2013), p. 204.

⁶³ *Op. cit.*, p. 206.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 207.

en concreto unos hechos que integran el esquema menor de aquel construido en abstracto por la norma⁶⁵.

Esto es lo que permite la singularización del momento de la relevancia, con un valor propio en el plano sustancial, antes que en un plano lógico-formal. El operador puede, desde este ángulo, comprobar la concurrencia del juicio hipotético del esquema menor, y hacer (conceder) el juicio asertorio (el efecto jurídico), pero también puede encontrarse impedido de realizar el juicio asertorio relativo al efecto jurídico que deriva del primero, si en la especie concurre un supuesto concreto impeditivo⁶⁶.

El rendimiento práctico de lo que se indica se comprueba, por ejemplo, cuando nos aproximamos a la jurisprudencia chilena y su interpretación sobre el reparto de la carga de la prueba de la acción de precario prevista en el art. 2195 inc. 2.º del CC. La jurisprudencia acierta en el reparto que hace, pero ofrece una justificación muy débil y, además, contradictoria con sus propias doctrinas⁶⁷.

En efecto, aferrada a la idea del art. 1698 del CC como regla suficiente, invoca no pocas veces esta disposición y acto seguido señala un reparto que no se ajusta a los términos de esta disposición.

Así, se dice que esta disposición –art. 1698– impondría la carga de los presupuestos de un derecho al que esgrime tal derecho, lo cual impondría al actor o demandante la carga de probar dichos presupuestos. Luego, cuando analiza el 2195 inc. 2.º sustenta que el precario se configura por tres presupuestos, y encontramos explicaciones como estas en la jurisprudencia⁶⁸:

“Séptimo: [...] para que exista precario es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: a) que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; b) que el demandado ocupe ese bien; y c) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

Y, sin embargo, acto seguido, se suele afirmar, sin más lo que sigue:

“Octavo: Que en el caso que se trae a conocimiento de esta Corte, la discrepancia jurídica surge en torno al tercer elemento reseñado precedentemente cuya carga procesal de probar le corresponde a la parte demandada”.

⁶⁵ VERDE (2013), p. 207.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ SALGADO (1979), pp. 48-49 y 65, refiere jurisprudencia pretérita con criterios titubeantes en esta materia, opuestas en su mayoría a las actuales, lo cual demuestra la falta de claridad y solvencia explicativa sobre este extremo.

⁶⁸ C. con A. (2023).

Cabe preguntarse, y cómo es eso, cómo se obra el milagro de que uno de esos “presupuestos del precario”, que, siendo presupuesto de este, sin embargo, es su contrario el que se convierte en el hecho necesitado de prueba de cargo de la demandada.

La jurisprudencia escuetamente apunta una razón –reiterada en las sentencias sobre la materia– que sugiere lo que está pasando:

“Noveno: Que sobre la materia, esta Corte Suprema ha tenido la oportunidad de señalar que el precario es una cuestión de hecho, y constituye un impedimento para su establecimiento que el tenedor tenga alguna clase de justificación para ocupar la cosa cuya restitución se solicita, aparentemente sería o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea de lo aparentemente ajeno”.

Como puede apreciarse, aunque no lo indica de forma clara y rotunda, ni desarrolla el argumento, la Corte advierte aquí un hecho impeditivo, que parece inferir de la propia estructura normativa que regula el precario, esto es, del art. 2195 del *CC*, y no desde luego del art. 1698 del *CC* que a estos efectos no opera sino como una norma en blanco, que en definitiva se ve integrada por la determinación relativa de los hechos atendiendo al supuesto fáctico normativo regulado en la norma de derecho material.

239

*3. La relatividad de los tipos de hechos
y la determinación del hecho necesitado de prueba
por el efecto jurídico pretendido
–thema probandum–*

Asumir la relatividad de los tipos de hechos en el proceso implica al tiempo entender la importancia de la búsqueda del hecho necesitado de prueba y, por consiguiente, del *thema probandum* que se presenta en el caso concreto. La mayoría de los casos problemáticos de carga de la prueba se presentan porque no se tiene claro cómo opera en concreto la determinación de cada uno de los hechos que deben resultar probados. El problema de la carga de la prueba depende, ante todo y primero, de la determinación de los hechos necesitados de prueba. Es decir, requiere la determinación de cuál es el hecho constitutivo y, en particular, cuál es el hecho constitutivo necesitado de prueba (que no es lo mismo), como ocurre en el ámbito de la responsabilidad médica contractual, o cuál es el hecho impeditivo necesitado de prueba o, incluso, cuál es el hecho extintivo, o el hecho excluyente necesitado de prueba, como por ejemplo, cuando se ha estudiado la *exceptio non adimpleti contractus*.

Esta cuestión se resuelve desde un punto de vista positivo si se atiende al efecto jurídico pedido o que cabe aplicar. La clave –en este punto– está en la determinación del hecho necesitado de prueba volviendo la vista al efecto jurídico. Por eso puede definirse al hecho necesitado de prueba como aquel que debe resultar probado para obtener –mediante la aplicación de una norma– el efecto jurídico pretendido o pedido por la parte activa o pasiva o, bien, el hecho que debe resultar probado para que se declare un efecto jurídico determinado^{69, 70}.

En el ejemplo de la acción de precario es claro que se deben considerar como hechos constitutivos solo el dominio sobre el bien y el hecho de la ocupación material, puesto que estos son los hechos que fundamentan la petición de restitución del bien que se reclama en esta acción, esto es, son los hechos que hacen procedente la restitución que se reclama, salvo que se oponga a la liberación de ese efecto un hecho que con arreglo a derecho impida ese efecto jurídico, es decir, salvo que exista un título o antecedente que justifique la ocupación más allá de la ignorancia o mera tolerancia. Desde esta óptica, la interpretación que se hace del art. 2195 no es nomológica, ni se limita a la literalidad del precepto, sino que atiende a su calidad de norma jurídica que se realiza en el caso concreto de una manera determinada en función del efecto jurídico que se pide.

240

Esta forma de acercarse al asunto aclara una cosa que puede ser evidente, pero que no siempre se tiene en cuenta. No hay temas fijos de prueba, ni existen hechos que siempre tengan una misma naturaleza en el proceso, de modo que una regla abstracta y formal de reparto que diga algo así como que el actor soporta la carga de los hechos constitutivos y el demandado soporta la de los extintivos, modificativos, impeditivos o excluyentes, no resuelve por sí sola nada. Menos aún, una norma como la del art. 1698, que en apariencia señala el reparto con base en temas fijos de prueba, y con solo dos tipos de hechos. Son normas en blanco, puesto que tales reglas no dicen nada sobre el reparto de la carga de la prueba porque no dicen nada sobre cuáles son esos hechos y antes cómo cabe determinar cada uno de esos hechos necesitados

⁶⁹ DEL RÍO (2021), p. 156. La distinción que se hace en la definición tiene el propósito de esclarecer que el hecho necesitado de prueba para declarar un efecto jurídico opera tanto cuando el efecto jurídico ha sido pedido, como, en ciertos casos, en que el juez de oficio pueda declararlo, si el hecho resulta comprobado, no obstante no haber sido alegado, esto es, pese a no haberse pedido el efecto jurídico de aquel hecho por la parte interesada, siempre que al menos aparezca afirmado, siquiera implícitamente, por cualquiera de las partes.

⁷⁰ DEVIS (2019), p. 178, ofrece el siguiente concepto de necesidad de prueba: “Es el conjunto de hechos materiales o psíquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados”.

de prueba⁷¹. Se limitan en cuanto tales a contener un principio de carga de la prueba que se resuelve en señalar que cada parte soporta la carga de probar los hechos que le favorecen. Para que adquiera sentido esa norma en blanco⁷² debe ser complementada con la determinación de los hechos, para lo cual es fundamental determinar la posición de estos dentro del supuesto normativo, y con más precisión, la posición respecto del efecto jurídico^{73, 74}.

III. LA FLEXIBILIZACIÓN JUDICIAL.

SU CONSIDERACIÓN MÁS ADECUADA

La importante racionalidad positivista que representa la aproximación normativa al asunto del reparto de la carga de la prueba y la regla de juicio es fundamental y no se puede prescindir de ella, sin embargo, no elimina del todo la necesidad de adecuación judicial. Se ha observado que la flexibilidad normativa del reparto probatorio que ofrece la distinción de distintos hechos en el supuesto normativo material no permite dar un trato adecuado a todos los casos. La confianza⁷⁵ en que la estructura de las disposiciones legales permita inferir el reparto adecuado y antes determinar la naturaleza de los hechos en cada supuesto –cuando no sea la ley la que lo haga de forma explícita– en verdad no tiene lugar de forma segura en todos los casos. Pueden presentarse problemas de ambigüedad que hagan muy difícil dicha distinción. En determinados casos, por ejemplo, podría ser difícil determinar cuáles son los hechos constitutivos e impeditivos a raíz de esa ambigüedad normativa. En esa situación no hay duda de que el juez tiene el deber de proceder con la asistencia de criterios que aseguren una solución equitativa, que potencie la efectividad de la tutela judicial en lugar de embarazarla⁷⁶.

241

⁷¹ SARACENO (1940), p. 142 y ss; MICHELI (1961), pp. 309-497; ANDRIOLI (1967), pp. 292-300; MONTERO (2007), p. 130; VERDE (2013), pp. 158-160; MAZZARIOL (2023), p. 583 y ss.

⁷² ANDRIOLI (1967), p. 293 y ss, es quien pone en evidencia el carácter de norma en blanco de disposiciones legales de este tipo, y hace esta misma calificación respecto del art. 2697 del CCi. Giovanni Verde, en pp. 158-160, hará también referencia a esta idea de Virgilio Andrioli.

⁷³ MICHELI (1961), pp. 309-497; ORTELLS *et al.* (2014), p. 262; RUSSO (2013), p. 128.

⁷⁴ Este enfoque ha tenido recepción en la LECiv española, art. 217. Así DAMIÁN (2007), p. 19.

⁷⁵ ROSENBERG (2002), pp. 122-174, y específicamente pp. 154-155, manifiesta confianza en el legislador y en su forma de concebir las disposiciones legales, las cuales en su estructura revelarían la distinción entre hechos constitutivos y hechos impeditivos, entre norma regular constitutiva y norma impeditiva de excepción, aunque admite que si la norma legal no estuviese bien concebida en orden a distinguir los hechos impeditivos de los extintivos, corresponde a la dogmática hacer dicha determinación, p. 156.

⁷⁶ MAZZARIOL (2023), pp. 580-613, ha enfatizado la importancia de la tutela judicial y el principio de efectividad de esta en el reparto de la carga de la prueba. BRAVO-HURTADO (2013), p. 13 y ss; HUNTER (2015), p. 209 y ss; BORDALÍ (2016), p. 173 y ss.

Pero otras veces concurre una situación distinta, que consiste en que el reparto normativo puede ser claro, pero imponer una carga muy difícil o, a veces, prácticamente imposible de levantar para la parte gravada con la prueba⁷⁷. Se esgrime, entonces, que la mantención del reparto normativo de la prueba –aun cuando claro– puede derivar en una afectación importante del derecho fundamental a la tutela judicial, de modo que se haría imprescindible una cierta función correctora de la judicatura. No se trata de auspiciar la prescindencia de la necesaria aproximación normativa al asunto del reparto de la carga de la prueba, puesto que el reparto probatorio es, primero, un problema de derecho material y de su justa realización en el proceso. Pero, al tiempo, por eso mismo no se puede eludir el inconveniente que puede emerger al procurar su realización, si el propio reparto lo hace imposible. Cerrar los ojos a esta realidad es sacrificar la efectividad de la tutela, pero también sacrificar la realización y eficacia del derecho objetivo.

Esta ha sido una preocupación permanente en el tiempo, que se ha expresado de diversas maneras en el ámbito dogmático, jurisprudencial y legal⁷⁸. En esta situación se han propuesto y utilizado instrumentos que persiguen superar este inconveniente práctico, los cuales oscilan entre la facilitación de la prueba y la modificación judicial del reparto normativo de la prueba.

Como en toda realización jurisdiccional del derecho siempre habrá un margen de adaptación y creación inevitables, de modo que cabe entrar en esta dimensión complementaria de la normativa, para entenderla en sus justos límites. De hecho, sorprendería descubrir que si para la acción de resolución, por ejemplo, se decide aplicar la misma regla de reparto utilizada para la acción de cumplimiento, ello solo puede encontrar asidero desde el punto de vista de estas formas de corrección o ajuste judicial de las reglas de reparto estrictamente normativas, que inevitablemente llevan a otra conclusión⁷⁹. También permite comprender de mejor manera las vías que se suelen usar en el fenómeno de aplicación e inevitable ajuste a la realidad que utilizan los tribunales cuando tienen que resolver con el auxilio de la regla de juicio, que se verifica no solo cuando hay una norma que recoge esta posibilidad, como acontece hoy con la Ley n.º 19496, sino, también, sin expreso establecimiento legal, por eso, incluso, se pueden encontrar pronunciamientos de

⁷⁷ VERDE (2013), p. 135 y ss. y p. 371 y ss.; VERGÈS (2013), pp. 81-99; MAZZARIOL (2023), pp. 580-613.

⁷⁸ VERDE (2013), pp. 158-160; MAZZARIOL (2023), p. 584 y ss.; MONTERO (2007), p. 134 y ss. y nota al pie n.º 51.

⁷⁹ Es lo que en nuestra opinión trasunta el viraje jurisprudencial que fue operado en el sistema italiano con la sentenza n.º 13533, Sezioni Unite Civili, 30 de octubre de 2001 (puede consultarse texto íntegro en *Bolletino di Legislazione Tecnica*, Fast Find GP15865). MARICONDA (2001), pp. 1565-1581; DI COLA (s/f), apartados 5-6.

hace más de treinta años que resolvían con base a este expediente en los términos que exponemos un poco más adelante⁸⁰.

1. Entre la facilitación de la formación de prueba y la modificación judicial del reparto de la prueba

Nos ocuparemos de analizar los instrumentos⁸¹ que se ubican entre estos dos puntos y que generan dudas sobre su exacta disposición. A menudo es difícil discernir si los instrumentos específicos⁸² que se proponen operan en rigor como un expediente para la facilitación de la formación de prueba *stricto sensu* o si en realidad se resuelven en modificaciones al reparto normativo de la prueba. El análisis de ellos pone en evidencia las posibilidades de discernir los límites entre estas dos cosas, lo cual resulta de mucha utilidad conceptual

⁸⁰ ADMINISTRADORA DE FONDOS PROVIDA S.A. CON BANCO OSORNO (1994), pp. 29-30.

⁸¹ Hay, desde luego, otros fenómenos de mucho interés que tienen conexión con el que estamos tratando, como puede ser el relativo a los estándares de prueba, pero no entramos en este porque se trata de un tema vinculado, pero distinto y que demanda un estudio singular de largo aliento que escapa a la delimitación del objeto que nos ocupa. Por otra parte, tampoco abordamos aquellos instrumentos que son claramente medios para facilitar la formación de prueba y que no plantean ninguna duda sobre esa naturaleza, y que, por lo tanto, no alcanzan al problema del reparto de la prueba.

La doctrina ha venido insistiendo con fuerza en la distinción entre el estándar de prueba y la carga de la prueba, como dos cosas distintas, que no cabe confundir. TARUFFO (2005), p. 241 y ss; FERRER (2019), pp. 53-87; STRANDBERG (2019), pp. 91-92; SORABJI (2019), pp. 249-253 y 253 y ss.; FERRER (2021), pp. 19 y 135, nota al pie 70.

Es evidente, sin embargo, que el establecimiento de estándares diferenciados y atenuados supone una facilitación del levantamiento de la carga de la prueba y, por consecuencia, del establecimiento de los hechos probados, expedientes a los cuales acuden los ordenamientos comparados que, conscientes del fenómeno, regulan diversos estándares de prueba para el proceso civil en casos y hechos diversos. La disminución del estándar de prueba para casos específicos de difícil prueba tiene lugar, por ejemplo, en el derecho alemán que, luego de exigir en general la plena convicción del juez en el parágrafo 286 del *CPC* alemán, establece para cuestiones relativas a la causalidad del daño y la extensión del mismo estándares diferenciados y atenuados, en el parágrafo 287 del *CPC* alemán, y también en el parágrafo 252 del *CC* alemán, sobre el lucro cesante, como aquellas pérdidas que probablemente pueden esperarse. MURRAY & STÜRNER (2004), pp. 311-313; AHRENS (2019), pp. 95-107; ALTHAMER & TOLANI (2019), pp. 109-121.

⁸² Un estudio extenso sobre la facilitación probatoria y sus instrumentos en HUNTER (2015), pp. 209-257. En él el autor hace una serie de distinciones que conviene tener en cuenta. Este considera a las modificaciones del reparto de la carga de la prueba como un instrumento que hace entrar en la categoría de las técnicas facilitadoras de la prueba, lo cual puede ser compartido, pero, al tiempo cabe distinguir este medio de lo que son los instrumentos que pretenden facilitar la prueba mediante la facilitación de la misma formación de prueba, sin alcanzar el reparto normativo de la carga de la prueba. Justamente entre estos dos puntos hay instrumentos que plantean la duda de dónde incardinarlos. Es decir, en qué ámbito hacen sentir sus efectos. Es aquí donde está el objeto de nuestro análisis.

para procurar la mejor distinción posible de las categorías en juego, reconociendo, sin embargo, que se trata de un ámbito en que las distinciones tajantes no son posibles. Desde este punto de vista parece útil hacer referencia a las denominadas presunciones jurisprudenciales, a la prueba *prima facie*, y a la carga dinámica de la prueba.

La doctrina ha advertido que en sede judicial y particularmente en un inicio a raíz de la ponderación libre de la prueba cobra mucha importancia lo que se etiqueta como presunciones simples. Pero de forma más o menos consciente dicha jurisprudencia, en esa valoración crítica del acervo probatorio y en la interpretación crítica de determinados casos, desarrolla inevitablemente unos criterios por medios de los cuales dice *presumir* un hecho de otro hecho. Sin embargo, la cuestión no es en puridad un asunto de formación de prueba, en cuanto acaba sucediendo que ese fenómeno genera algo que se percibe como un reparto judicial de la carga de la prueba.

La vía para que esto opere como se describe es la denominada cristalización de criterios judiciales desarrollados por la jurisprudencia, los cuales por esa razón se consuman en “normas” o “reglas vinculantes”, dando lugar a lo que algunos describieron –Pasquale Saraceno– como presunciones integrativas⁸³, que desde algún punto de vista las aproxima a las presunciones legales, pero que es al tiempo su opuesto, en cuanto aquí es el juez el que acaba realizando, conforme a esas reglas, un reparto de la carga que no es exactamente el que cabría inferir conforme a los parámetros normativo positivos.

Este fenómeno se da con claridad en las denominadas presunciones jurisprudenciales y de forma peculiar en la prueba *prima facie* (o en la variante *res ipsa loquitur* o en la teoría del principio de prueba)⁸⁴.

⁸³ SARACENO (1940), pp. 85-88, establece que la presunción integrativa es aquella en que el elemento indiciario está comprendido en el supuesto fáctico normativo que, a su vez, comprende al hecho necesitado de prueba. En otras palabras, hay presunción integrativa si el elemento fáctico que opera como indiciario de otro elemento –el hecho necesitado de prueba– se encuentra comprendido en el mismo supuesto fáctico normativo. Como si de la conducta se pueda inferir la culpa, por ejemplo.

La presunción integrativa se traduce en reglas concernientes a la carga de la prueba, con una consecuencia bien precisa: la reducción de la extensión de la carga de la prueba. Este tipo de presunción es distinta en su alcance a la presunción indiciaria. En esta, el elemento fáctico indiciario no se encuentra comprendido en el propio supuesto fáctico que contiene, a su vez, el hecho necesitado de prueba, es decir, el elemento indiciario es un hecho externo al supuesto. En esta la actividad probatoria no se elimina, sino simplemente se desvía al hecho indiciario.

⁸⁴ Con distintos enfoques, el tema está descrito en SARACENO (1940), p. 84 y ss., y 110 y ss.; WALTER (1985), pp. 211-288; MONEREO (1996), pp. 19-39; EGGLESTON (2004), pp. 162-165, TARUFFO (2005), pp. 503-515; TARUFFO (2010), pp. 262-266, ORMAZABAL, (2011) pp. 61-119; VERGÈS (2013), pp. 81-99; VERDE (2013), pp. 135-175, y 485 y ss., HEDEMANN (2019), p. 41 y ss., p. 114 y ss., pp. 130-134 y 199-200; MAZZARIOL (2023), pp. 578-613. Entre nosotros, véase LARROUCAU (2011), pp. 491-519.

Por otro lado, la comprensión de la dificultad que entraña trazar una línea clara entre la formación de prueba y la carga de la prueba puede ser, también, muy importante para el derecho chileno en cuanto permita comprender mejor lo que pueda significar la denominada carga dinámica de la prueba, que se dice ha sido acogida en la Ley n.º 19496.

2. *Las denominadas presunciones jurisprudenciales*

Un expediente desarrollado por la jurisprudencia en ciertos ordenamientos jurídicos es el de las presunciones jurisprudenciales. En la labor de aplicación del derecho que hacen los tribunales de justicia, estos –en determinados casos– introducen adaptaciones al reparto probatorio. En principio las mismas se presentan como presunciones judiciales, que aparentemente se ubican en el ámbito de la formación de la prueba crítica y del convencimiento del juez, pero en la medida que se consolidan tienden a cristalizar⁸⁵, en realidad, en auténticos criterios de reparto de la carga que se apartan del que correspondería inferir del propio supuesto fáctico normativo. En definitiva, en cuanto se estabilizan y consolidan se vuelven criterios normativos de creación jurisprudencial y tienden a producir un efecto de alteración del reparto normativo y con ello rebasan el ámbito puramente probatorio, de formación de la prueba, propio de las presunciones judiciales en sentido estricto.

Se ha afirmado, sin embargo, que las presunciones jurisprudenciales no son, en rigor, una inversión de la carga de la prueba, sino que mediante la interpretación judicial se arribaría a una conversión del hecho constitutivo en un hecho presunto –constitutivo presunto–. Así, no se altera la naturaleza del hecho, “simplemente se le considera existente en ventaja de quien se encuentra en la sustancial imposibilidad no culpable de demostrarlo”^{86, 87}.

⁸⁵ Este expediente ha sido descrito por VERDE (2013), pp. 135-175 y p. 485 y ss.; TARUFFO (2010), pp. 262-266 y MAZZARIOL (2023), pp. 578-613, para el caso italiano; VERGÈS (2013), pp. 81-99, para el caso francés; EGGLESTON (2004), pp. 162-165, para el derecho inglés, que refiere, también, un fenómeno equivalente de cristalización con consecuente valor normativo y vinculante de las denominadas presunciones judiciales y, en particular, de la regla *res ipsa loquitur*. De un modo general, SARACENO (1940), p. 84 y ss., y p. 110 y ss., sobre el alcance de las presunciones, sus tipos, y las vinculaciones que estas tienen con el reparto de la carga de la prueba, obra clásica que conserva interés.

HEDEMANN (2019), p. 41 y ss., p. 114 y ss., pp. 130-134 y 199-200, se refiere críticamente a lo que denomina presunciones vulgares como presunciones no fundadas en la ley, sino en la consolidación de reglas empíricas erigidas a la postre en preceptos de derecho, como un fenómeno de derecho consuetudinario, lo cual en su concepto entraña un riesgo evidente de soluciones injustas.

⁸⁶ MAZZARIOL (2023), p. 587.

⁸⁷ *Ibid.* Sostiene que esta forma de operar ha tenido respaldo en la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana y cita al respecto a las mismas secciones unidas de la Corte (Cass.

Aunque en rigor esta opinión acierta en orden a que la presunción jurisprudencial no altera la naturaleza del hecho, sino que se limita a *presumirlo*, es indiscutible que tal presunción no puede menos que acabar produciendo un efecto de exoneración de prueba con fundamento en el criterio de inferencia consolidado, de modo que adquiere un valor normativo que no tienen las presunciones judiciales, y la acerca –podría decirse– a las presunciones legales.

Sobre la legitimidad creadora de un criterio de reparto específico distinto del normativo legal, se recalca la necesidad de superar una mirada positiva exclusiva, insuficiente para acoger supuestos concretos que se deben resolver y que no siempre quedan bien tratados en el supuesto legal que suele ser una simplificación abstracta⁸⁸. El problema del reparto de la carga no quedaría nunca encerrado por completo en la dimensión solamente positiva, más aún cuando se toma conciencia de que:

“el sistema positivo no es un mundo cerrado y autosuficiente, sino que está destinado a completarse cuando se traduce en acción concreta por medio de los órganos a ese propósito existente”⁸⁹.

246

Es decir, el derecho positivo en cuanto se realiza en su aplicación concreta se integra por el propio órgano que “lo aplica”, y en ello va ínsita una idea de adaptación o flexibilización⁹⁰.

Las presunciones jurisprudenciales representan la forma en que la jurisprudencia actúa, caso a caso, generando por “sedimentación”⁹¹ unos criterios interpretativos de situaciones concretas que generan “reglas de presunción de determinación de hechos” que suponen desde el ángulo del reparto normativo una inevitable adaptación de las reglas de reparto normativo que cabría extraer si dichas presunciones jurisprudenciales no existiesen.

Representan la forma en que la jurisprudencia actúa, adapta y flexibiliza el reparto de la carga, a través de la cristalización de criterios distintos o, in-

16 de julio de 2008, n. 19499, *Corriere Giuridico*, 2008, 1555), que en lo pertinente apunta: “la jurisprudencia ha [...] hecho uso, todas las veces que el modelo legal prefijado no resultaba satisfactorio en relación con las posiciones de las partes respecto a los singulares temas probatorios, al esquema de la presunción de manera, en ocasiones, típico y constante que crea, en definitiva, verdaderas y propias reglas de juicio. Con resultado no ya de invertir la carga de la prueba, sino de distribuirla en un sentido conforme a la realidad de la experiencia positiva”. En esta cita jurisprudencial resuenan las palabras de Virgilio Andrioli y Giovanni Verde.

⁸⁸ VERDE (2013), pp. 158-160.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 168.

⁹⁰ Este fenómeno de adaptación judicial del reparto de la carga de la prueba no ha estado exento de críticas, sobre todo por la naturaleza de las razones y los criterios que se utilizan. TARUFFO (2010), pp. 262-263. También EGGLESTON (2004), pp. 161-162.

⁹¹ DI COLA (s/f), apartado 1, utiliza esta misma expresión.

cluso, contrarios a los estrictamente normativos para grupos de casos que no quedan bien tratados bajo los criterios normativos⁹². Se ha dicho que la jurisprudencia francesa, por ejemplo, ha operado de esta manera para resolver problemas de reparto respecto del rol causal en la responsabilidad por el hecho de las cosas, o en problemas específicos como el tocante a la responsabilidad del vendedor profesional por el conocimiento del vicio de las cosas⁹³.

3. *Prueba prima facie*

La prueba *prima facie* también es un instituto que se suele analizar cuando se estudia la cuestión de la facilitación de la prueba y la modificación del reparto probatorio, la cual tiene presencia más o menos relevante en diversos sistemas jurídicos. Aquí de nuevo surge la duda de cuál sea su alcance exacto: si es un instrumento que los tribunales de justicia utilizan para facilitar la prueba de determinados hechos o si, en realidad, a través del mismo se está alterando el reparto de la carga.

La prueba *prima facie* se ha presentado como un instrumento jurisprudencial utilizado en determinados campos en los que se presentaría una dificultad probatoria significativa respecto de ciertos hechos, como es, por ejemplo,

⁹² VERDE (2013), p. 174. De ahí que se afirme: “la posibilidad de adecuación de la presunción jurisprudencial no encuentra así otros límites, que no sean aquellos determinados por el natural desfase entre el concretarse de la experiencia y su apreciación, mostrando un coeficiente de elasticidad que la predeterminación ‘legal’ de los criterios de repartición de las cargas probatorias no pueden nunca ofrecer”.

⁹³ Respecto de la jurisprudencia francesa, VERGÈS (2013), p. 89, da el ejemplo del rol causal de la cosa en el campo de la responsabilidad del hecho de las cosas. Dice al respecto: “Esta responsabilidad objetiva se basa en el rol causal que una cosa ha jugado en la realización de un daño. Desde 1939, la Corte de Casación ha considerado que el rol causal puede ser presumido. En forma más precisa aún, la jurisprudencia ha admitido que el rol causal de la cosa es supuesto cuando la cosa está en movimiento y ha entrado en contacto con la víctima. Es así como una víctima que tropieza en una escalera mecánica no está obligada a probar que esta cosa jugó un rol causal en el accidente”.

Añade VERGÈS (2013), p. 89, que existen diversas presunciones jurisprudenciales en materia de obligaciones. Ofrece el ejemplo del conocimiento de los vicios por parte del vendedor profesional. Dicho conocimiento se presume, de modo que por esa vía el actor no tiene la carga de probar dicho conocimiento para obtener la indemnización por los perjuicios causados por la cosa.

Etienne Vergès en este ejemplo sugiere que lo que hace la jurisprudencia es operar mediante la creación o interpretación del supuesto normativo material, entendiendo que habría “obligación” del vendedor profesional de conocer los vicios, por eso mismo probado que sea el vicio, el vendedor demandado no puede descargar su responsabilidad probando de vuelta la ignorancia del vicio. De ahí que indique que se trata de una presunción “irrefragable”, esto es, que no admite prueba en contrario, en los mismos términos que una presunción *iuris et de iure*.

la causalidad en materias de derecho de daños⁹⁴. Giovanni Verde⁹⁵ afirma lo siguiente:

“La doctrina alemana ha, de este modo, subrayado especialmente que si hay situaciones las cuales son frecuentemente verificadas según formas típicas y constantes, cuasi como modelos cristalizados (se trata de las denominadas *Typische Geschehensabläufe*). El juez, en tal modo, puede tenerlas por adquiridas, según el modelo típico y cristalizado, en cuanto se haya dado prueba, por decirlo así, genérica y esto de modo de no referirse a todos los elementos del caso relevantes. Los episodios vacíos vienen automáticamente adecuados con el recurso a cuanto normalmente sucede según el modelo cristalizado. La convicción del juez no es, sin embargo, plena y en efecto puede ser contrarrestada (*erschutter*) con la simple demostración de que las cosas pueden seriamente haber ocurrido de manera diversa a la normal”.

La dificultad para probar la causalidad haría necesario –dicen Cristoph Althamer y Madeleine Tolani⁹⁶–realizar inferencias a su respecto y, por ello, siempre habría necesidad de prueba circunstancial o de prueba *prima facie*. La causalidad es la principal materia en que se aplica esta prueba: para llegar a la conclusión de que x era la causa de b el investigador generalmente se basa en prueba indirecta mediante la extracción de inferencias y este proceso a menudo implica un razonamiento general. La diferencia entre la prueba *prima facie* y la prueba circunstancial sería que la primera opera con la tipicidad basada en la experiencia de vida, mientras que la segunda sustenta en concretas circunstancias del caso⁹⁷. Así, la prueba *prima facie* da al actor la posibilidad de probar un hecho mostrando la tipicidad y la ausencia de una explicación contraria.

“El fundamento reside en la tipicidad basada en la experiencia ordinaria. Según el Tribunal Federal (BGH), la tipicidad de la causalidad requiere que la conexión causal surja con tanta frecuencia que la probabilidad de que el caso en cuestión sea el mismo sea muy alta”⁹⁸.

⁹⁴ También en materia de derecho antidiscriminatorio. MONEREO (1996), pp. 19-39; ORMAZABAL (2011), pp. 61-119.

⁹⁵ VERDE (2013), pp. 492-493.

⁹⁶ ALTHAMER & TOLANI (2019), pp. 118-119.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 118. Este párrafo reproduce de forma casi literal lo que indican los autores citados.

⁹⁸ *Ibid.*

En esta circunstancia

“el hecho queda probado a menos que el oponente muestre serias posibilidades de lo contrario, ofreciendo hechos que justifiquen serias dudas acerca de la tipicidad y funden serias posibilidades de otra atípica cadena de eventos”⁹⁹.

Esto es diferente a la prueba contraria que es usualmente más difícil. Si el oponente desafía la prueba *prima facie*, el actor debe probar el hecho.

Hans-Jürgen Ahrens¹⁰⁰ explica que la prueba *prima facie* es una forma especial de relajar la investigación de los hechos en el proceso civil, consistente en una conclusión de hechos basada en evidencia *prima facie* provista por la inexistencia de una explicación contraria. Se confía en una máxima de experiencia que permite extraer una inferencia a partir de un hecho particular en ausencia de otra explicación, como sucede en el caso de colisión frontal de vehículos en que se infiere la responsabilidad por descuido o negligencia, a falta de otra explicación.

Señala, además, que la prueba *prima facie* requiere de una apreciación uniforme en todos los casos semejantes, lo cual conduce a una apreciación de las circunstancias descritas por las Cortes, y advierte dos diferencias con la evidencia circunstancial ordinaria: la primera es que la evidencia *prima facie* tiene efecto vinculante por regla general, y la segunda es que queda sujeta a revisión por el Tribunal Federal alemán. Este punto pone en evidencia el paralelismo que existe entre este instrumento y las denominadas presunciones jurisprudenciales, que como apuntamos tienden a cristalizar en criterios vinculantes que inciden en la prueba y en la necesidad de prueba de determinados hechos.

Los autores citados sostienen que este tipo de instrumento probatorio es una forma de presunción simple, de modo que se halla en el ámbito de la formación de la prueba, y no altera el reparto probatorio¹⁰¹. La carga de la prueba seguiría gravitando sobre el actor en el caso, por ejemplo, de la prueba de la causalidad. Dicho de otro modo, el hecho queda probado *prima facie*, a me-

249

⁹⁹ ALTHAMER & TOLANI (2019), p. 118.; MURRAY & STÜRNER (2004), pp. 311-313, explican la prueba *prima facie* como una forma de prueba en ausencia de una explicación contraria basada en la experiencia ordinaria.

¹⁰⁰ AHRENS (2019), pp. 100-101.

¹⁰¹ Ya ROSENBERG (2002), pp. 216-217, negaba que la prueba *prima facie* supusiese la inversión de la carga de la prueba, porque la parte contraria no asumía ninguna carga, simplemente le bastaba hacer dudosa dicha prueba, “hacer perder al juez la convicción”, opinión que se mantiene hasta el presente. ROSENBERG (1955), p. 227 niega que la prueba *prima facie* implique alteración del reparto de la prueba porque dicha prueba *prima facie* es considerada prueba. MURRAY & STÜRNER (2004), pp. 311-313; ALTHAMER & TOLANI (2019), pp. 117-118.

nos que el oponente muestre serias posibilidades de lo contrario mediante hechos que justifiquen serias dudas de la tipicidad y que sustente una seria posibilidad de otra cadena atípica de eventos. Si el oponente desafía en estos términos la prueba *prima facie*, el actor soportará la carga de la prueba de forma ordinaria, lo cual demostraría que no se ha alterado la carga de la prueba.

Estamos aquí en el tema clave: la naturaleza de la prueba *prima facie*. Para Pasquale Saraceno¹⁰² la prueba *prima facie* opera mediante indicios. Para este es imposible que en la prueba crítica no exista un elemento indiciario a partir del cual se pueda extraer por medio de un criterio de experiencia el hecho necesitado de prueba. En su concepto la prueba *prima facie* siempre se basará en un elemento indiciario, el cual puede ser externo al supuesto fáctico normativo o puede ser un elemento propio del supuesto: en el primer caso habrá una presunción indiciaria y en el otro una presunción integrativa¹⁰³.

Por el contrario, si llegaran a faltar dichos elementos indiciarios habría que concluir que no hay en rigor prueba crítica. En ese caso el respaldo podría encontrarse en la afirmación de la propia parte, entendiéndola como una forma de prueba representativa. Vale decir, como prueba testimonial, tal como acontece en el proceso penal. Esta idea que evalúa Pasquale Saraceno, aunque él mismo la descarta, es muy interesante porque abre el camino a la cuestión de la distinción entre el juicio de verosimilitud de las alegaciones de las partes y la prueba en sentido estricto, lo cual puede ser muy útil para entender mejor lo que se discute.

En efecto, se ha sustentado¹⁰⁴ que el juicio de verosimilitud no es un juicio sobre la verdad de la afirmación; este se refiere al momento anterior a la prueba, anterior al inicio del procedimiento probatorio y, por lo tanto, previo al juicio final de verdad. Esta distinción de estos dos valores diferenciados guarda correspondencia con el principio *secundum allegata et probata partium*.

¹⁰² SARACENO (1940), p. 112.

¹⁰³ Dice SARACENO (1940), pp. 85-88, que la presunción es indiciaria si el elemento indiciario no es parte del supuesto fáctico normativo a probar, es ajeno a este. Es decir, si el elemento fáctico indiciario no se encuentra comprendido en el propio supuesto fáctico que contiene, además, el hecho necesitado de prueba. Por el contrario, la presunción integrativa es aquella en que el elemento indiciario está comprendido en el supuesto fáctico normativo que, a su vez, comprende al hecho necesitado de prueba. En otras palabras, si el elemento fáctico que opera como indiciario de otro elemento –el hecho necesitado de prueba– se encuentra comprendido en el mismo supuesto fáctico normativo. Como si de la conducta se pueda inferir la culpa, por ejemplo.

Para el autor la clave está en entender que en la presunción indiciaria la actividad probatoria no se elimina, sino simplemente se desvía. La presunción integrativa, en cambio, se traduce en reglas concernientes a la carga de la prueba, con una consecuencia bien precisa: la reducción de la extensión de la carga de la prueba.

¹⁰⁴ CALAMANDREI (1996), pp. 317-353.

Esto es, primero la parte debe alegar los hechos y luego tiene que probarlos. El juicio de verosimilitud se refiere a la alegación de parte, y lo cierto es que la misma alegación no sirve sino para fijar el *thema probandum* y no es idóneo para probar el hecho. Para que haya prueba se requiere que tras la afirmación se investigue y se aporten medios de prueba; la prueba es el resultado de aquella actividad y no de la mera afirmación o alegación de parte. De aquí emerge la regla de que en el proceso civil –en el cual el juez resuelve *secundum allegata et probata partium*– la alegación de parte en su propio favor –*pro se declaratio*– no tenga eficacia probatoria. Piero Calamandrei¹⁰⁵ señala:

“el juicio de verosimilitud no aguarda a las representaciones probatorias del hecho a probar: se basa, antes de la indagación concreta, en una máxima de experiencia que atañe a la frecuencia con que en la realidad se producen hechos del tipo alegado. Es un juicio ‘típico’ que surge, no del parangón entre diversas representaciones del mismo hecho (entre la representación que de él da la parte, y, por ejemplo, las que de él dan los testigos), sino de la confrontación entre una representación de él dada por la parte, y un juicio de orden general, ya adquirido anteriormente, que tiene por objeto la categoría típica bajo la cual se puede hacer entrar en abstracto el hecho representado”.

Si este juicio de verosimilitud es el que está encerrado en la denominada prueba *prima facie* es evidente, entonces, que esta no es en rigor prueba del hecho, tal como se entiende en el sentido propio del término y en un sistema donde rige el principio de decisión *secundum allegata et probata partium*. Por ello, se tiende a ver en él finalmente una forma de manipulación judicial del reparto de la carga de la prueba, lo cual se presenta como una conclusión lógica si se asume este enfoque. Tan claro es lo que se apunta que Piero Calamandrei ve en la verosimilitud de las afirmaciones un instrumento que bien podría conferirle flexibilidad al régimen de reparto probatorio, permitiéndole al juez determinar ese reparto en función del mayor grado de verosimilitud que pudiese atribuirle a las afirmaciones opuestas de las partes. De esa forma:

“bastaría, en otras palabras, que la afirmación de la parte fuera verosímil, para que el juez hubiera de invertir en su ventaja la carga de la prueba, haciendo gravar sobre la contraparte la carga de probar lo contrario”^{106, 107}.

¹⁰⁵ CALAMANDREI (1996), p. 328.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 337.

¹⁰⁷ Nótese que la utilización del juicio de verosimilitud en los términos que indica Piero Calamandrei, con el fin de modificar el reparto de la carga de la prueba, tiene ejemplos de

Pero seguidamente el propio Piero Calamandrei cambia la perspectiva de análisis sobre el juicio de verosimilitud y se plantea si pudiese verse en él en realidad prueba, confiriéndole a la alegación de parte –a la declaración en su propio favor– eficacia probatoria como si fuera declaración testimonial, con atenuación:

“del principio tradicional según el cual la afirmación de hechos que la parte haga en su propio favor debe considerarse destituida en todo caso de cualquier credibilidad. En tales casos también la *pro se declaratio* puede, para ciertos limitados efectos, ser creída por el juez, con tal que sea verosímil: podríamos decir que en tales casos también en nuestro proceso las afirmaciones de parte pueden asumir, una vez que están asistidas por la verosimilitud, un cierto valor testifical”¹⁰⁸.

Desde este ángulo la prueba *prima facie* que se funda en la alegación de parte que muestra un hecho típico no es alteración de la carga de la prueba porque precisamente se torna prueba¹⁰⁹ que tiene la capacidad de establecer hechos en el proceso, siempre que no haya una explicación en contrario. En este caso, como mucho se podría discutir si la misma implica una inevitable atenuación del estándar de prueba¹¹⁰.

No ignoramos la crítica fundada que hace Michele Taruffo¹¹¹ a Piero Calamandrei. Le reprocha la utilización del concepto de verosimilitud con dos valores distintos: verosimilitud en sentido estricto, es decir, como un juicio sobre la apariencia de verdad de las alegaciones de las partes, que tiene lugar antes de la formación de prueba, y verosimilitud como un juicio de probabilidad formado con la prueba adquirida en el proceso. El reproche es que el uso de un mismo término para estas dos cosas induce a la confusión de estas, que son muy distintas. Pero lo cierto es que Piero Calamandrei –pese al uso indiferenciado del término verosimilitud– distingue los dos valores que le confiere al término, y por eso es tan interesante el análisis que hace del término ‘verosimilitud’ como juicio de apariencia de verdad de las alega-

expresa recepción en la legislación de países de nuestro entorno inmediato. Es el caso de la legislación brasileña que, en su *Código* de defensa del consumidor, art. 6, VIII, permite que se disponga la inversión de la carga de la prueba si el juez comprueba que hay verosimilitud de las alegaciones del consumidor. DE PAULA RAMOS (2020), p. 58.

¹⁰⁸ CALAMANDREI (1996), p. 347.

¹⁰⁹ CAPPELLETTI (1962), pp. 251-252. ROSENBERG (1955), p. 227, precisamente –como dijimos– niega que la prueba *prima facie* implique alteración del reparto de la prueba porque dicha prueba *prima facie* es considerada prueba.

¹¹⁰ Para WALTER (1985), pp. 211-288, todas las formas de presunciones simples basadas en el criterio del hecho típico suponen la atenuación del estándar de prueba. También TICHÝ (2019), pp. 295-307.

¹¹¹ TARUFFO (2005), pp. 183-193 y pp. 503-515.

ciones de parte, y de la verosimilitud cuando se refiere con ella al juicio de probabilidad probatoria, en relación con el tema de la carga de la prueba. Son dos aproximaciones distintas que modifican la percepción sobre la modificación o no del reparto probatorio. Esto finalmente lo acaba reconociendo el mismo Michele Taruffo, que pese a la crítica le reconoce el mérito de haber advertido la importancia de la distinción de estos dos conceptos y el alcance que entrañan. Esta es la base que utiliza Michele Taruffo para discutir la verdadera naturaleza de la prueba *prima facie*, si en verdad se trata de un tipo de *probatio inferior* o si derechamente no es prueba, sino un mero juicio de verosimilitud, en el sentido estricto del término. Dice:

“no se está en el ámbito de la prueba (ni siquiera en el de una prueba inferior o débil) sino en el de la mera alegación de un hecho que resulta calificable como correspondiente a la ‘normalidad’ o a la ‘tipicidad’ del esquema recurrente en el *id quod plerumque accidit* relativo a ese sector de la experiencia”^{112, 113}.

En definitiva, niega que la prueba *prima facie* sea en rigor una especie de presunción simple¹¹⁴, puesto que en ella el criterio de experiencia –*id quod plerumque accidit*– no se utiliza para realizar una inferencia de un hecho concreto del cual se pueda extraer el hecho necesitado de prueba. No se establece una relación entre dos hechos, sino entre un hecho alegado y un esquema típico, de modo que se resuelve no tanto en una inferencia sino, más bien, en la calificación del hecho respecto a si este ingresa o no en aquel esquema típico, en la normalidad. Desde este ángulo la prueba *prima facie* no es prueba sino un juicio de verosimilitud, y se tenderá a observar en este un expediente utilizado para modificar el reparto probatorio.

253

4. Carga dinámica de la prueba

La carga dinámica de la prueba se ha presentado como una forma de reparto judicial de la carga de la prueba que encontraría fundamento en los crite-

¹¹² TARUFFO (2005), p. 515.

¹¹³ Resulta muy interesante que respecto de la denominada teoría del principio de prueba (muy cercana a la de la prueba *prima facie*, al punto de que se le califica de variante) se vuelva a incurrir en la misma ambigüedad conceptual. No se sabe si se trata de prueba, y exactamente de prueba indiciaria o de presunciones o si en realidad el tema se resuelve en un asunto de verosimilitud, como explicamos. Así queda de relieve en MONEREO (1996), pp. 19-39, el cual niega, por ejemplo, que el principio de prueba establezca una relación entre dos hechos, vale decir, que del principio de prueba se pueda inferir un hecho. Esta afirmación tiene una nítida correspondencia con la crítica de Michele Taruffo a la prueba *prima facie*.

¹¹⁴ Como se la suele presentar. En términos amplios respecto del concepto de presunciones simples basadas en el criterio del hecho típico, WALTER (1978), pp. 211-288.

rios de disponibilidad y facilidad probatorias. En virtud de estos criterios el juez podría hacer un reparto judicial que se separe del que corresponda inferir de la norma sustantiva. Esta forma de reparto sería la que se acoge en nuestro derecho en la Ley n.º 19496 de protección al consumidor¹¹⁵.

En efecto, la Ley n.º 21081 introdujo el art. 50 H a la Ley n.º 19496, que se aplica a la responsabilidad infraccional¹¹⁶. La finalidad era hacerse cargo del problema más acusado de reparto de la carga de la prueba en este ámbito, como es el esfuerzo probatorio que supone para el actor asumir la prueba de la negligencia, de suyo de difícil levantamiento, primero, por la naturaleza de los hechos que la configuran (altamente técnicos y especializados, en muchos casos), y segundo, porque las fuentes de pruebas (y de información) no son de fácil acceso para el actor¹¹⁷, lo cual se consideraba que acababa consumándose en un caso de indefensión procesal¹¹⁸.

En concreto, la ley le concede al juez la potestad prevista en el art. 50 H, inc. 5.º, que en lo pertinente señala:

“En el aludido comparendo [contestación, conciliación y prueba], el tribunal podrá distribuir la carga conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o el no rendir la prueba correspondiente de que disponga en su poder. Para efectos de rendir la prueba ordenada conforme a este inciso, el juez citará a una nueva audiencia con ese único fin, la que deberá ser citada a la brevedad posible”.

La redacción genera dudas importantes en cuanto a su contenido normativo. Cabe tener en cuenta que el propio concepto de carga dinámica ha

¹¹⁵ La doctrina chilena ha discutido sobre este tema desde hace años, impulsada por las tentativas de introducir la carga dinámica de la prueba en la legislación chilena. CORRAL (2012), pp. 107-117; CARVAJAL (2012), pp. 565-604; ARANCIBIA (2012), pp. 199-212; BRAVO-HURTADO (2013), pp. 13-46; GONZÁLEZ (2013), p. 13 y ss.; PALOMO (2013), pp. 447-464; DOMÍNGUEZ (2014), pp. 787-798; LORENZINI (2014), pp. 387-405; HUNTER (2015), pp. 209-257; PÉREZ-RAGONE y TOLEDO (2020), pp. 89-112.

¹¹⁶ La Ley n.º 19496 no contenía reglas específicas sobre carga de la prueba en su regulación, ERBETTA (2018), pp. 53-69, salvo la relativa a la nulidad de la cláusula incorporada en contratos de adhesión que establezca una inversión de la carga en perjuicio del consumidor, prevista en el art. 16 letra d, FUENTES (2013), pp. 323-325, y la relativa a la culpa presunta del art. 47, CORRAL (2006), pp. 104-105. Esto ha cambiado en parte con la reforma de la Ley n.º 21081. No obstante, en lo sustantivo sigue siendo necesario aplicar el régimen común de carga probatoria a las materias reguladas en la LPC, DURÁN y SOTO (2019), pp. 241-282.

¹¹⁷ HUNTER (2015), pp. 215-223.

¹¹⁸ LORENZINI (2014), pp. 388-389; y en términos generales, HUNTER (2015), pp. 209-257.

sido sometido a críticas importantes en la doctrina procesal. En particular se ha realizado una consideración crítica de lo que se estima una confusión de dos aspectos distintos en dicha teoría. Se observa que en ella se tendería a confundir el deber de colaboración de aportación de fuentes de prueba al proceso (carga de aportación de fuentes), y lo que se entiende en rigor estricto sería la carga de la prueba (regla de juicio), en cuanto se le conceda al juez el poder de redistribuir la carga con arreglo a los criterios de disponibilidad y de facilidad probatoria¹¹⁹.

El argumento central de la crítica es que la confusión de estas dos dimensiones es perniciosa. Si lo que se busca con este instituto es asegurar la aportación al proceso de fuentes de prueba necesarias para esclarecer un hecho parece bastar el establecimiento del deber de colaboración. No se justificaría, en cambio, la combinación de esta con una pretendida redistribución probatoria. Esa combinación deriva en una solución insatisfactoria: así, puede pensarse en el caso que se imponga a una parte el deber de colaboración con aportación de pruebas y cumpla puntualmente con este deber aportando las fuentes a su disposición, y, no obstante, su colaboración no se consiga el esclarecimiento del hecho dudoso, ¿es correcto en ese caso aplicar la redistribución de la carga, como si lo anterior también importara al tiempo un reparto de carga distinto del que emana de la norma, realizado por el mismo juez? Es decir, que el juez asigne el riesgo de insuficiencia probatoria a quien no la soportaba, en caso de no probar el hecho contrario al que con arreglo a la norma está necesitado de prueba. Esto es censurable, porque la decisión desde el punto de vista sustantivo sería en definitiva injusta¹²⁰.

Se aboga por una reinterpretación de la carga dinámica, más bien como carga de aportación, que se impone en función de la disponibilidad o facilidad probatoria, lo cual cobraría valor en el plano de la formación del convencimiento judicial mediante la valoración probatoria de la conducta procesal de la parte. De este modo, el no cumplimiento oportuno y satisfactorio de la carga de aportación de prueba podría ser valorado por el juez como una conducta procesal que genera una presunción simple para el esclarecimiento del hecho dudoso. En este supuesto la solución queda en sede de formación de convencimiento (valoración) y no se extiende a la alteración de la regla de juicio¹²¹.

El ejemplo correcto lo ofrece Manuel Ortells cuando se refiere a los procesos en que una de las partes tiene medios de gestión desarrollados de ne-

¹¹⁹ GIANNINI (2019), pp. 89-115.

¹²⁰ *Op. cit.*, pp. 103-104; FERRER (2019), pp. 53-87.

¹²¹ Esto mismo ya había sido propuesto en España como una forma restrictiva de interpretación del art. 217.7 de la LECiv. Así claramente DAMIÁN (2007), pp. 13-27. En cuanto a las dudas y discusiones en la doctrina y la jurisprudencia relativa a la misma norma y los criterios de facilidad y disponibilidad, de forma matizada, GONZÁLEZ GRANDA (2007), pp. 44-74.

gocios, como pueden ser las empresas de cierto nivel o las entidades financieras, y apunta:

“reclamado el saldo de una operación crediticia por una entidad financiera, el demandado ha podido alegar un abono (hecho extintivo) para el que no dispone de prueba; la entidad demandante podría probar fácilmente que el abono no se produjo, aportando la documentación completa de la evolución del crédito; si no lo hace, a pesar de esta facilidad, el tribunal puede considerar que el abono se produjo efectivamente y el actor verá desestimada total o parcialmente su pretensión por no haber probado la inexistencia del hecho extintivo”¹²².

La exactitud en que está expuesto el ejemplo permite comprobar que en rigor el asunto no es tanto de inversión judicial de la carga de la prueba, sino, más bien, de formación de prueba, para lo cual el juzgador pondera el comportamiento procesal de las partes, con relación a la aportación de las fuentes de prueba a las que tenía fácil acceso¹²³.

Una interpretación como esta es la que está presente en la sentencia ICA de Antofagasta, rol 21-2023 e, incluso, mucho antes también en otros pronunciamientos jurisprudenciales como acontece con la sentencia ICA de Concepción de 3 de octubre de 2008¹²⁴ o más atrás con la sentencia ICA de Santiago de 29 de marzo de 1994¹²⁵. En todas ellas, si bien se acoge la tesis de la facilidad probatoria para imponer la carga de aportación de determinados medios de pruebas al demandado, acto seguido utilizan la falta de aportación de aquella prueba como un elemento indiciario que permite tener por probado el hecho necesitado de prueba que gravaba al actor, pero en caso alguno esos fallos llegan a sustentar una modificación de la carga de la prueba, esto es, de la regla de reparto envuelta en la regla de juicio, entendiendo que ese hecho inicialmente necesitado de prueba ya no requería de prueba alguna.

256

CONCLUSIONES

Con la exposición y la argumentación desarrolladas a lo largo del estudio se arriba a las siguientes conclusiones:

¹²² ORTELLS (2014) p. 308.

¹²³ Sentencia ICA de Antofagasta, rol 21-2023. A. con Inmobiliaria Mall Calama (2023).

¹²⁴ G.A.F. Con Banco Conosur (2008).

¹²⁵ ADMINISTRADORA DE FONDOS PROVIDA S.A. CON BANCO OSORNO (1994), con comentario de TAVOLARI (1994), pp. 29-30.

- 1) Se ha comprobado que el art. 1698 inc. 1.º del *CC* es una norma en blanco que debe ser integrada con el efecto jurídico normativo que se pretende en cada caso por las partes. Es esta integración la que en realidad permite determinar los hechos necesitados de prueba y su naturaleza, lo cual es imprescindible para realizar el reparto de la carga de la prueba y aplicar la regla de juicio.

Se ha demostrado el error que significa hacer una interpretación del art. 1698 del *CC* como si en ella reposara una regla de reparto con base en temas de prueba fijos, con solo dos clases de hechos, y con una pretendida simetría de la carga de alegar con la carga de probar. Es esencial, por el contrario, asumir el carácter relativo de los hechos y, por consiguiente, de los temas de prueba para realizar el reparto y aplicar la regla de juicio.

El reparto de la carga se traduce en responder a la cuestión de *quién soporta la carga de probar qué cosa*. Y esto último es la clave –*qué cosa*–, lo que jamás puede quedar petrificado en una cláusula legal como la del art. 1698. El art. 1698, pese a su letra, no puede decir cuándo el hecho constitutivo se ciñe a la sola obligación o cuándo lo es también el incumplimiento o la contravención, o cuándo el pago es un hecho constitutivo, ni cómo uno de los “presupuestos del precario” se vuelve un hecho impeditivo cuya prueba gravita sobre el demandado, ni permite determinar que el vicio del consentimiento sea un hecho excluyente si se opone como excepción la nulidad relativa, cuando ello sea posible, y así sucesivamente.

En otras palabras, como no hay hechos constitutivos, impeditivos, excluyentes o extintivos en abstracto, hay que buscarlos y determinarlos en cada supuesto normativo singularizado por el efecto jurídico. Y sin esto es imposible hacer (correctamente) el reparto de la carga de la prueba y la aplicación de la regla de juicio.

- 2) Sentada la dimensión normativa y la realización jurisdiccional del derecho como aplicación del derecho preexistente, se constata que esa realización jurisdiccional no es pura aplicación, sino, también, adaptación. De forma explícita o a menudo implícita los tribunales de justicia adaptan las reglas o se hacen cargo de determinados inconvenientes que arroja la solución positiva.

La carga de la prueba muestra un perfil –desde este ángulo– muy interesante, como es el desarrollo jurisprudencial de adaptación al caso (o a grupos de casos) mediante instrumentos específicos, que plantean la dificultad de determinar si se trata de modificaciones a las reglas normativas de carga probatoria o si se incardinan en lo que hace a la formación de prueba.

El análisis de esos instrumentos nos ha permitido trazar los contornos de las categorías en juego, así como los puntos en que esos con-

tornos se hacen más difusos, en la medida que el ángulo de enfoque cambia. Por esta sola razón el rendimiento práctico es evidente, pero se vuelve todavía más claro, si cabe, cuando se constata que en Chile esta es una realidad con soporte legal en la Ley n.º 19496, pero, además, con sustento práctico, por ejemplo, para explicar determinadas soluciones jurisprudenciales que se presentan como normales desde el punto de vista normativo, pero que, en realidad, no lo son, como acontece con el tratamiento que hace nuestra jurisprudencia del reparto de la prueba sobre la acción resolutoria a la que aplica la misma regla que utiliza para la acción de cumplimiento, cuando desde un punto de vista estrictamente normativo no es esa la solución procedente, aunque pueda ser la oportuna.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AHRENS, Hans-Jürgen (2019). “Fact Finding under German Law of Civil Procedure. Evaluating Evidence and the Relevant Degree of Certainty”, in Luboš TYCHÝ (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ALESSANDRI R., Arturo, Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H. (1998). *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo segundo.
- ALEX, Robert (2017). *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría el discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (trad.) Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Lima: Palestra.
- ALTHAMER, Christoph & Madeleine TOLANI (2019). “Proof of causation in German Tort Law”, in Luboš TYCHÝ (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ANDRIOLI, Virgilio (1967). “Prova. Diritto processuale civile”, in Antonio AZARA e Ernesto EULA (dirs.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, vol. XIV.
- ARANCIBIA OBRADOR, María José (2012). “Cargas probatorias dinámicas desde el punto de vista del Derecho civil”, *Temas de Derecho. Revista de la Universidad Gabriela Mistral*. años XXIV-XXVII, Santiago.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2018). *El cumplimiento específico de los contratos*. Santiago: DER Ediciones.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el Derecho de los contratos”, en Hernán CORRAL TALCIANI, María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coords.). *Estudios de Derecho civil II*. Santiago: LexisNexis.
- BOLAFFI, Renzo (1936/2013). *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane (ristampe).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2016). “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”. *Revista de Derecho*, año 23, n.º 1. Coquimbo. También disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-9753201600010 0008> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].

- BRAVO HURTADO, Pablo (2013). “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21. Santiago. También disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-807220130002000002> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- CALAMADREL, Piero (1955/1996). “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en Piero CALAMADREL, *Instituciones de derecho procesal civil*, (trad.) Santiago SENTÍS MELENDO. Buenos Aires: Librería El Foro, vol. III.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía (2008). *Tutela civil declarativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAPPELLETTI, Mauro (1962). *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Milano: Giuffrè.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Ricardo REVECO URZÚA (2018). *Los remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros. Mecanismos de tutela del crédito*. Santiago: Thomson Reuters.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio (2012). “Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 3. Santiago. También disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300001> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- CHIOVENDA, José (1925). *Principios de derecho procesal civil*. (trad.) José CASAS Y SANTALÓ. Madrid: Reus, tomo II.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1936-1940). *Instituciones de derecho procesal*. (trad.) EMILIO GÓMEZ ORBANEJA. Madrid: Revista de Derecho privado, vol. I, parte segunda.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015). *Indemnización y resolución por incumplimiento*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2006). “La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de protección de los derechos de los consumidores”, en Jorge BARAONA GONZÁLEZ y Osvaldo LAGOS VILLARREAL (eds.). *Cuadernos de Extensión Jurídica*, n.º 12. Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012). “Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil”, en Maite AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN (ed.). *Cuadernos de Extensión Jurídica*, n.º 23. Santiago.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2007). “La carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidad en la edificación. Aspectos procesales: La interpretación del art. 17.3 de la Ley 38/1999, a la luz de la LEC”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DAMIÁN MORENO, Juan (2007). “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2019). “La Concepción de la carga de la prueba en la doctrina (civil y procesal) chilena dominante durante el siglo XX”, en Adrian SIMONS, Aluisio GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Álvaro PÉREZ RAGONE, Paulo HENRI-

- QUE DOS SANTOS LUCON (coords.). *Estudos en Homenagem a Ada Pelligrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2021). “La carga de la prueba con relación al cumplimiento-incumplimiento civil como *thema probandum* en la responsabilidad médica y la *exceptio non adimpleti contractus*”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, n.º 3. Santiago. También disponible en <https://doi.org/10.7764/R.483.7> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- DE PAULA RAMOS, Vitor (2020). *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2019). *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª. ed. Bogotá: Temis, tomo I.
- DI COLA, Livia (s/f): “L’onere della prova”, inédito.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2014). “La introducción de las cargas probatorias dinámicas en el derecho chileno”, en Susan TURNER y Juan VARAS (eds.). *Estudios de derecho civil IX*. Santiago: Thomson Reuters.
- DURÁN NICOMÁN, Carolina y Pablo SOTO DELGADO (2019). “El ámbito infraccional en el derecho del consumo: práctica jurisdiccional y modificaciones introducidas por la Ley 21081”, en Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, Felipe FERNÁNDEZ ORTEGA y Claudio FUENTES MAUREIRA (coords.). *Litigación en materia de consumo*. Santiago: Thomson-Reuters.
- EGGLESTON, Richard (2004). *Prova, conclusione probatoria e probabilità*. (trad.) Donata ROMIZI, Milano: Giuffrè.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2012). “Derecho civil y cargas probatorias”. *La Semana Jurídica*, vol. 13. Santiago.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2018). “Ensayo sobre la carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley sobre la protección de los derechos de los consumidores”. *Revista de Derecho*, vol. XXXI, n.º 2. Valdivia. También disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200053> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2021). *La carga de la prueba del incumplimiento contractual en el Código Civil chileno*. Santiago: DER Ediciones.
- FABBRINI, Giovanni (1989a). “L’eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione”, in Biondi BIONDO, *Scritti Giuridici*. Milano: Giuffrè.
- FABBRINI, Giovanni (1989b). “Eccezione”, in Biondi BIONDO, *Scritti Giuridici*. Milano: Giuffrè.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial*. Madrid: La Ley.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2019). “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario”, en Jordi NIEVA FENOLL, Jordi FERRER BELTRÁN, Leandro J. GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons.

- FINZI, Enrico (1915/2021). *Il possesso dei diritti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane (ristampe).
- FUENTES MAUREIRA, Claudio (2013). “Artículo 16 D”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (ed.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Reuters Thomson.
- GARAVAGLIA, Mattia (2021). “Astroballi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente”. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 76, n° 4, Padova.
- GIANNINI, Leandro (2019). “Revisitando la doctrina de la ‘carga dinámica de la prueba’”. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales”, en Jordi NIEVA FENOLL, Jordi FERRER BELTRÁN, Leandro J. GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2001). “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *Indret*, núm. 1. Disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/040_es.pdf [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles (2013). *La carga dinámica de la prueba y sus límites*. Santiago: Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (2007). “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HEDEMAN, Justus (2019). *Las presunciones en el derecho*, (trad.). Luis SANCHO SERAL. Santiago: Olejnik.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2015). “Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”. *Revista de Derecho*, vol. 22, n.º 1. Coquimbo. También disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100006> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- IHERING, Rudolf von (1900). *El espíritu del derecho romano en las diversas etapas de su desarrollo*, (trad.) Enrique PRÍNCIPE Y SATORRES. Madrid: Casa Editorial Bailley-Bailliere, tomo IV.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2011). “Res ipsa loquitur: Quien habla es el juez, no la cosa”, en Gonzalo FIGUEROA, Enrique BARROS y Mauricio TAPIA (coords.). *Estudios de derecho civil VI*. Santiago: LegalPublishing.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil Chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime (2014). “La carga dinámica de la prueba en materia de consumo: un desafío pendiente para asegurar la igualdad procesal del consumidor y proveedor”, en Mauricio TAPIA, María Paz GATICA y Javiera VERDUGO (eds.). *Estudios de derecho civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez*. Santiago: Thomson Reuters.
- MARICONDA, Vincenzo (2001). “Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro”. *Corriere Giuridico*, n° 12. Pavia.
- MAZZARIOL, Riccardo (2023). “Fatti costitutivi e vicinanza della prova”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 18, Valencia. También disponible <https://revista-aji>.

- com/articulos/2023/18/AJI18_22.pdf [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: Abeledo Perrot.
- MICHELL, Gian Antonio (1961). *La carga de la prueba*. (trad.) Santiago SENTÍS MELENDO. Buenos Aires: EJEA.
- MONEREO PÉREZ, José Luis (1996). *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan (2007). *La prueba en el proceso civil*. 5ª ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- MURRAY, Peter & Rolf STÜRNER (2004). *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2019). “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debería ser abolida”, en Jordi NIEVA FENOLL, Jordi FERRER BELTRÁN, Leandro J. GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2020). “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *InDret*, núm. 3. Disponible <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i3.13> [fecha de consulta: 28 de febrero de 2025].
- NIEVA FENOLL, Jordi (2023). “Réquiem por la carga de la prueba”. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 4. Disponible en https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i4.22783 [fecha de consulta: 28 de febrero de 2025].
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo (2011): *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- ORTELLS RAMOS, Manuel *et al.* (2005). *Derecho procesal Civil*. 6ª ed. Cizur Menor: Aranzadi.
- ORTELLS RAMOS, Manuel *et al.* (2014). *Derecho procesal civil*. 13ª ed. Cizur Menor: Aranzadi.
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2013). “Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?”. *Ius et Praxis*, n.º 2. Talca. También disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1993). *La prueba en materia sustantiva civil*, reimpresión de primera edición 1989. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro y Pablo Roberto TOLEDO (2020). “Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo proceso del consumo chileno”. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 54. Barranquilla. También disponible en <https://doi.org/10.14482/dere.54.345> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- PINO EMHART, Alberto (2019). “Los remedios contractuales frente al incumplimiento de las obligaciones de no hacer”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Gabriel HERNÁNDEZ PAULSEN, Fabiola LATHROP GÓMEZ, Mauricio Tapia Rodríguez (eds.). *Estudios de Derecho Civil. XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Thomson Reuters.

- PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia”. *Revista de Derecho*, n.º 31. Valparaíso. También disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200005> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- POSNER, Richard (1999). “An Economic Approach to the Law of Evidence”. *Stanford Law Review*, vol. 51. California.
- PRÜTTING, Hanns (2010). “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schaw para el desarrollo del moderno derecho probatorio”. *Ius et Praxis*, n.º 1. Talca.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1984). “El onus probandi en la excepción del contrato incumplido”. *Revista de Derecho Universidad Concepción*, n.º 176. Concepción.
- ROBERTO TOLEDO, Pablo y Álvaro PÉREZ RAGONE (2020). “Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo proceso del consumo chileno”. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 54. Barranquilla. También disponible en <https://doi.org/10.14482/dere.54.345> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- ROSENBERG, Leo (1955). *Tratado de derecho procesal civil*. (trad.) Ángela ROMERA VERA, Eduardo CARLOS y Ernesto KROTOSCHIN. Buenos Aires: EJE, tomo II.
- ROSENBERG, Leo (2002). *La carga de la prueba*. (trad.) Ernesto KROTOSCHIN. Buenos Aires: B de f.
- RUBINO, Domenico (1939/2017). *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminar*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane (ristampe).
- RUSSO, Federico (2013). *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile. Concetti e principi generali*. Roma: Aracne.
- SACCO, Rodolfo (2004). “La resolución por incumplimiento”, en Leysser L. LEÓN (selección traducción y notas). *Estudios sobre el contrato en general*. 2ª ed. Lima: ARA.
- SALGADO FERNÁNDEZ, Liliana Ximena (1979). *La prueba: objeto, carga y apreciación. Comentarios de Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SARACENO, Pasquale (1940). *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: CEDAM.
- SORABJI, John (2019). “The English approach to The Standard of Proof in Civil Proceedings”, in Luboš TICHÝ (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- SOTO DELGADO, Pablo y Carolina DURÁN NICOMÁN (2019). “El ámbito infraccional en el derecho del consumo: práctica jurisdiccional y modificaciones introducidas por la Ley 21081”, en Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, Felipe FERNÁNDEZ ORTEGA y Claudio FUENTES MAUREIRA (coords.). *Litigación en materia de consumo*. Santiago: Thomson-Reuters.
- STRANDBERG, Magne (2019). “The More-Probable-Than-Not Standard”, in Luboš TICHÝ (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- STÜRNER, Michael (2019). “Evaluation of Evidence and Standard of Proof in the ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure”, in Luboš TICHÝ (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- STÜRNER, Rolf & Peter MURRAY (2004). *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press.
- TARUFFO, Michele (2005). *La prueba de los hechos*. (trad.) Jordi FERRER. Madrid: Trotta.
- TARUFFO, Michele (2008). *La prueba*. (trad.) Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRER. Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. (trad.) Daniela ACCATINO. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (2019). “Casi una introducción”, en Jordi NIEVA FENOLL, Jordi FERRER BELTRÁN, Leandro J. GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*. (trad.) Cristian CONTRERAS. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1994). Comentario a sentencia Administradora de Fondos Provida S.A. con Banco Osorno (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 1994, en *RDyJ*, tomo XCI, Santiago, enero-abril 1994 (demanda por culpa contractual).
- TOLANI, Madeleine & Christoph ALTHAMER (2019). “Proof of causation in German Tort Law”, in Luboš TYCHÝ (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- TYCHÝ, Luboš (2019). “Standard of proof. Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis”, in Luboš TYCHÝ (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- VERDE, Giovanni (2013): *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane (ristampe).
- VERGÈS, Etienne (2013). “El derecho francés de la prueba civil: Una carga compartida entre las partes y el juez”. *Actualidad Jurídica*, n.º 27. Santiago. También disponible <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-27-P81.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2024].
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018). “¿Cumplimiento en equivalencia o indemnización de daños? Desde lo sustantivo a lo procesal”, en Álvaro VIDAL y Rodrigo MOMBORG (eds.). *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato*. Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV.
- VOGT GEISSE, Thomas (2018). “La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil”, en Renée RIVERO y Juan Carlos MARÍN (eds.) *Reformas necesarias a la justicia chilena*. Santiago: Librotecnia, tomo I.
- WALTER, Gerhard (1985). *Libre apreciación de la prueba*. (trad.) Tomás BANZHAF. Bogotá: Temis.

Normas citadas

- Código Civil* alemán. *Boletín del Reich*, Berlín, 24 de agosto de 1896. Disponible en www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].
- Código Civil* chileno. *El Araucano*, Santiago, 14 de diciembre de 1855. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776 [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código Civil colombiano. Ley 84 de 1873. *Diario oficial*, Bogotá, año IX. n.º 2867. 31 de mayo de 1873. Disponible en www.amb.gov.co/jdownloads/Documentos/Administracin%20y%20Financiera/codigo_civil.pdf [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código Civil español. *BOE A-1889-4763*, Madrid, 25 de julio de 1889. Disponible en www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código Civil francés. 21 de marzo de 1804. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000032042341/2016-10-01 [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código Civil italiano (25 de junio de 1865 derogado) Disponible en www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_4.page#3a [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código Civil italiano. *Gazzette Ufficiale, serie generale*, n.º 79, Roma, 4 de abril de 1942. Disponible en www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código de Defensa del Consumidor brasileño. Ley n.º 8078, de 11 de septiembre de 1990. Disponible en www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código de Procedimiento Civil alemán. *Boletín Oficial del Reich*, Berlín, 30 de enero de 1877, p. 83. Disponible en www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código de Procedimiento Civil francés. *Journal Officiel De La République Française*, París, 9 de diciembre de 1975. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/?isSuggest=true [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Código General del Proceso Colombiano. *Diario Oficial*, 48489. Bogotá, 12 de julio de 2012. Disponible en www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425 [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Ley de Enjuiciamiento Civil española. Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000. *BOE*, núm. 7, Madrid, 8 de enero de 2000. Disponible en www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323 [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Ley n.º 19496, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de marzo de 1997. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1160403 [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Ley n.º 21081, Modifica Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 13 de septiembre de 2018. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1123020 [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2024].

Jurisprudencia citada

Corte Suprema

V.A. con Banco de Crédito e Inversiones (2010): Corte Suprema, 24 de agosto, rol 1096-2009 (juicio ordinario de cobro de pesos), Westlaw, CL/JUR/5275/2010 [fecha de consulta: 5 de marzo de 2021].

Rantoul Holding S.A. con Banco de Chile (2010): Corte Suprema, 31 de agosto, rol 86-2009 (juicio ordinario de resolución de contrato con indemnización de perjuicios), en Westlaw, CL/JUR/6515/2010 [fecha de consulta: 5 de marzo de 2021].

A.P. CON A.M. (2011): Corte Suprema, 25 de mayo, rol 8792-2009 (juicio ordinario de declaración de mandato y rendición de cuentas), Westlaw, CL/JUR/10013/2011 [fecha de consulta: 5 de marzo de 2021].

P.A.M. CON V.A. (2012): Corte Suprema, 31 de enero, rol 5127-2011 (juicio ordinario de reivindicación), www.pjud.cl, buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dp5t> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].

Telefonía y Comunicaciones S.A. con A.W.A y otro (2012): Corte Suprema, 31 de enero de 2012, rol 4846-2010, www.pjud.cl, buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?gjpl> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].

M.S.P. con Banco de Chile (2012): Corte Suprema, 21 de marzo, rol 8008-2011 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), www.pjud.cl, en buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?gzow> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].

E. con B. (2015): Corte Suprema, 12 de marzo de 2015, rol 30459-2014 (juicio ordinario de acción negatoria de servidumbre), Westlaw CL/JUR/1417/2015 [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024*].

Inmobiliaria Piemonte Lobos (Ltda.) con Central Hidroeléctrica El Melado (S.A.) (2016): Corte Suprema, 14 de marzo, rol 3956-2015 (juicio ordinario de resolución de contrato), Tirant LTM28.498.980 [fecha de consulta: 19 de junio de 2025].

G.M. con Instituto de Seguridad del Trabajo (2016): Corte Suprema, 29 de agosto, rol 35568-2015 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica contractual), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].

M.M. CON C.J. (2017): Corte Suprema, 30 de noviembre, rol 38787-2017 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica contractual), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].

T.C. con C.C. (2020): Corte Suprema, 24 de abril, rol 19022-2018 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica contractual),

- <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- M.S. con R.G. (2021): Corte Suprema, 14 de noviembre, rol 26556-2021 (juicio sumario por acción de precario), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- C. con A. (2023): Corte Suprema, 7 de noviembre, rol 218052-2023 (juicio sumario por acción de precario), Westlaw CL/JUR/44610/2023 [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- Agrícola El Arenal y Forestal Río Lindo Limitada con O. (2024): Corte Suprema, 7 de febrero, rol 84166-2024 (juicio sumario por acción de precario), Westlaw CL/JUR/2880/2024 [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- V.G. con V.F. (2024): Corte Suprema, 15 de mayo, rol 175322-2023 (juicio sumario por acción de precario), Westlaw CL/JUR/15977/2024 [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- Sociedad Inmobiliaria Tiempoterreno Ltda. con R.F.G. (2024): Corte Suprema, 6 de agosto, rol 183374-2023 (juicio ordinario de resolución de contrato), Westlaw CL/JUR/28747/2024 [fecha de consulta: 19 de junio de 2025].
- R.F.A. con V.G.B. (2025): Corte Suprema, 7 de febrero, rol 61650-2024 (juicio ordinario de resolución de contrato), Tirant, LTM36.459.638 [fecha de consulta 19 de junio de 2025].
- Q.L.C. con Consultora e Inmobiliaria Monte Castro SpA (2025): Corte Suprema, 22 de abril, rol 30930-2024 (juicio ordinario de resolución de contrato), Westlaw CL/JUR/19066/ 2025.

267

Corte de Apelaciones

- Administradora de Fondos Provida S.A. con Banco Osorno (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 1994, *RDyJ*, tomo xci, Santiago, enero abril 1994 (demanda por culpa contractual).
- G.A.F. con Banco Conosur (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de octubre 2008, rol 4226-2004 (demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleApelaciones> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].
- M.M. con C.J. (2017): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 de julio, rol 276-2017 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica contractual), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleApelaciones> [fecha de consulta: 1 de noviembre de 2024].
- A. con Inmobiliaria Mall Calama (2023): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 23 de marzo de 2023, rol 21-2023 (querella infraccional y demanda civil en procedimiento ante juzgado de policía local), <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b71s0> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].

Juzgado de Letras

E. con B. (2013): Juzgado de Letras de Villarrica, 23 de septiembre de 2013, rol 412-2012 (juicio ordinario por acción negatoria de servidumbre), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleApelaciones> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024].

SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>al.</i>	<i>alii</i>
ANID	Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo
art.	artículo
BGH	Bundesgerichtshof
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>Cass.</i>	<i>Cassazione</i>
<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
<i>CGi</i>	<i>Código Civil</i> italiano
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
cfr.	confróntese
CPC	Código de Procedimiento Civil
<i>Cód. civ.</i>	<i>Código Civil</i> italiano
coords.	coordinadores
DOI	Digital Object Identifier
ed.	editor <i>a veces</i> edición, editora
eds.	editores
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
EJEA	Ediciones Jurídica Europa-América
ELI/UNIDROIT	European Law Institute/Internacional Institute for the Unification of Private Law
https	hypertext transfer protocol secure
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
ICA	Ilustrísima Corte de Apelaciones
inc.	inciso
LECiv.	Ley de Enjuiciamiento Civil
LPC	Ley sobre protección de los derechos de los consumidores
Ltda.	limitada
n.	número
n.º <i>a veces</i> núm.	número
ORCID	Open Researcher and Contributor ID
p.	página
pp.	páginas

PUCV	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
<i>RDyJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
S.A.	Sociedad Anónima
s/f	sin fecha
SpA	sociedad por acciones
ss.	siguientes
trad.	traducción
UTET	Unione Tipografico-Editrice Torinese
vol.	volumen
www	World Wide Web