

REVISTA DE DERECHO

AÑO XVIII

JULIO - SEPTIEMBRE DE 1950

N.º 73

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

(Continuación)

VI.—Derecho y Obligación de Probar. Onus Probandi.

27.—Alegación, prueba y apreciación. 28.—El derecho de probar. 29.— La obligación de probar. Carga o riesgo de la prueba (Onus Probandi). — Concepto e importancia. 30.—Doctrinas sobre el fundamento del onus probandi. 31.—Evolución histórica en esta materia. 32.—Excepciones al principio del onus probandi. 33.—El onus probandi ante la legislación y la jurisprudencia. 34.—Efectos y alteración del onus probandi. 35.—Legislación comparada.

27.—Alegación, prueba y apreciación.—Las tres fases esenciales del proceso, en el aspecto probatorio, son: alegación, prueba y apreciación.

Mediante la alegación, se plantea o propone la pretensión de la parte en orden al hecho o acto jurídico y al derecho cuyo reconocimiento solicita. A través de la prueba, se tiende a demostrar la verdad del hecho o del acto jurídico afirmado en la alegación; y en la apreciación, el Juez obtiene o no la certeza sobre la existencia del hecho o del acto.

Es muy importante distinguir estas tres etapas, en lo que dice relación: a) Con la vinculación que una tiene respecto a la otra; y b) con la intervención que en ellas cabe a las partes y al Juez.

a) **Conexidad entre ellas.**—Efectivamente, con la alegación queda fijada la cuestión de hecho litigiosa y la competencia del Juez en cuanto a lo que tiene que dar o desconocer.

De aquí que la etapa de la prueba se referirá necesariamente a los hechos "alegados" y no a otros, y que el Juez, so pena de resolver "ultra-petita" —dando más de lo pedido o sobre lo no pedido por las partes—, deberá estarse a lo alegado y probado. Según el aforismo latino: "Iudex iudicare debet juxta alligata et probata".

Del mismo modo, la valoración de la prueba no puede referirse sino a los hechos alegados en relación con los medios probatorios con que ha pretendido demostrárseles.

Esta es la vinculación estrecha que hay entre las tres fases del proceso probatorio: alegación, prueba y valoración.

b) **Intervención de las partes y del Juez.**—La intervención del Juez en la alegación es nula. Ella sólo puede ser formulada por las partes. Esto, porque rige entre nosotros el principio de la pasividad de los tribunales, en cuya virtud estos últimos no pueden actuar sino a petición de parte, salvo en los casos en que están autorizados para proceder de oficio —artículos 10 del Código Orgánico de Tribunales y 253 del Código de Procedimiento Civil—. El caso más connotado de actuación de oficio es toda la jurisdicción criminal.

De manera que la alegación presenta las siguientes características: 1) Contiene una planteamiento de hecho y una petición de derecho; 2) Implica una afirmación; quien niega no alega nada; 3) Adopta la forma procesal de acción o excepción; y 4) Sólo pueden formularla las partes y no el Juez.

Hasta aquí la alegación. Ahora, en la etapa de la producción de la prueba, también son las partes las únicas llamadas a procurar la demostración de los hechos o de los actos litigiosos, de suerte que ellas determinarán libremente qué actos o hechos van a probar y mediante qué medios lo harán.

Por el contrario, el Juez no puede procurar pruebas a las partes, ni valerse de medios probatorios personales o resolver según su propia experiencia. A ello se opondrían los principios de la pasividad y de la controvertibilidad de las pruebas.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

293

Por lo tanto, son las partes las que dirigen el proceso probatorio.

No obstante, esto tiene limitaciones:

1) Por economía procesal, el Juez determina la procedencia de los hechos a probarse. Como veremos más adelante, ellos deben ser: pertinentes —que convengan al caso litigioso—, y concluyentes —que conduzcan a dictar resolución con base a ellos—.

2) El Juez tiene iniciativa en las medidas para mejor resolver; también en lo tocante a la procedencia de la inspección personal o del informe pericial; en la determinación de presunciones judiciales; y en el control de la recepción de las probanzas —interrogatorios a los testigos, resolución en la impugnación de la instrumental, etc.—.

Pero el principio general es éste: las partes son libres para determinar los hechos o actos que probarán y los medios por los cuales harán su demostración.

Sin embargo, semejante principio no puede desvincularse de la petición o pretensión de "derecho" que la parte haya alegado. Ya que, según sea la naturaleza de ésta, la ley estará indicando el supuesto —hecho o acto jurídico— que la parte deba probar. De modo que semejante libertad es muy relativa. Por lo demás, sería insensato que la parte entrara a demostrar hechos o actos sin ninguna relación con su pretensión de derecho.

De aquí que el principio enunciado de la libertad probatoria, debemos entenderlo en relación con el supuesto que en cada caso la ley exige para atribuir un derecho o hacer eficaz una relación jurídica, que es la alegada por la parte.

Refiriéndonos, finalmente, a la valoración o apreciación probatoria, última etapa del proceso, diremos que en ella sólo cabe intervención al Juez. Es éste el único llamado a valorar el grado de convicción de los medios probatorios allegados por las partes y a resolver si mediante ellos se forma o no un criterio de certeza.

En esto se guiará por las leyes de valoración y por su recto raciocinio, en aquello en que la ley así lo dispone —sistema racional—.

Las partes no tienen aquí ninguna intervención.

28.—El derecho de probar.—En principio, cualquiera de las partes goza del derecho de probar, valiéndose de los medios legales que desee, los hechos o actos jurídicos contenidos en su alegación.

En este aspecto no hay diferencia, sino, por el contrario, completa igualdad entre ambas partes: demandante y demandado.

Y se comprende que este derecho se traduce también en la libertad de no probar, esto es, en que nadie está obligado a probar, ni a probar de que un hecho ocurrió de determinada manera.

La Corte Suprema ha fallado que "es inconcuso el derecho de las partes para no producir prueba sobre cualquier hecho material pertinente controvertido en la causa y, por lo tanto, no pueden acarrear nulidad las omisiones en que se haya incurrido al recibirla a prueba, si éstas han sido aceptadas y consentidas por las partes" (42).

Esto se explica por el principio dispositivo o de la pasividad, en cuya virtud son las mismas partes las que activan el proceso civil. Todo lo contrario de lo que sucede tratándose del proceso criminal, en el cual, durante el período de instrucción o de sumario, el juez tiene la iniciativa en la prueba investigativa del delito (artículos 108 y 109 del Código de Procedimiento Penal).

Lógicamente que este derecho a la prueba y a producirla o no, tiene su equivalente en la obligación de la contra-parte de suministrar aquellas probanzas cuya producción depende de su actuación. Es el caso de la prueba instrumental, contemplado en los artículos 255 y 309, inciso final del Código de Procedimiento Civil, y de la confesión de parte (artículos 385, inciso 1.º; 394, inciso 1.º y 397, inciso 1.º del Código de Procedimiento Civil). Y es también el caso, antes estudiado, de la actio ad-exhibendum del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, semejante obligación pueden tenerla incluso los terceros. Y así, cualquiera persona puede ser compelida a prestar declaración testifical en juicio (artículo 359 del Código de Procedimiento Civil), bajo sanción penal si no comparece o si compareciendo se niega a testificar (artículo 380, incisos 2.º, 3.º y 4.º del Código de Procedimiento Civil).

(42) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 39, Sección 1.ª, pág. 366.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

295

Limitaciones.—Pero esta libertad probatoria o derecho de probar, tiene importantes limitaciones:

a) La prueba debe ser útil; esto es, los hechos a probarse tienen que ser pertinentes y concluyentes —hechos idóneos—. Como dice nuestro Código de Procedimiento Civil, “pertinentes y sustanciales controvertidos” (artículo 318).

b) No pueden usarse todos los medios de prueba o cualesquiera de ellos, en los casos en que su admisibilidad se halla restringida. Así, por ejemplo, la confesión del marido no hace prueba, es inadmisibile, en el juicio de separación de bienes por mal estado de los negocios de aquél; la mujer no puede valerse de semejante medio de prueba.

c) No puede imponerse al tribunal la producción de un medio de prueba que es facultativo. Ejemplos: inspección personal (artículo 403 del Código de Procedimiento Civil); informe pericial (artículo 411 del mismo cuerpo legal citado); presunciones (artículo 426 del mismo Código), cuando son judiciales; y medidas para mejor resolver, que son esencialmente facultativas del tribunal (artículo 159 del Código ya citado). De tal manera que, en los casos indicados, la negativa del tribunal a recibir esos medios de prueba, no daría base a un recurso de casación en la forma fundado en los artículos 795, N.º 3.º y 800, N.º 7.º del Código de Procedimiento Civil (43).

Finalmente, la última limitación al derecho o libertad de probar, de producir prueba en juicio, la encontramos en la misma ley.

Esto quiere decir que quien alega y pretende un derecho o interés o el reconocimiento de una relación jurídica, para obtener la garantía legal y el beneficio apetecido, debe probar el supuesto de hecho o el acto jurídico cuya existencia la ley exige para atribuir el derecho o hacer eficaz la relación jurídica.

Y observamos, entonces, que del derecho a probar pasamos a la obligación de probar; obligación, porque si la parte no la cumple verá frustrada su pretensión en busca de la cual ha recurrido al tribunal del Derecho. Por consiguiente, más que una obli-

(43) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 30, Sección 1.ª, página 127; Tomo 34, Sección 1.ª, página 425.

gación es realmente una necesidad probatoria. Esta necesidad de probar es la que recibe el nombre de carga, peso o fardo de la prueba. Más brevemente expresado: *Onus probandi*.

29.—La obligación de probar. Carga o riesgo de la prueba (*Onus probandi*).—Concepto e importancia.—Si partimos del tantas veces citado principio de la pasividad de los tribunales, tendremos que concluir que el tribunal llamado a aplicar el Derecho a los casos ocurrentes no tiene intervención alguna en la demostración del hecho o del acto jurídico que configura la cuestión sub-lite. Las excepciones son contadas.

De aquí el aforismo romano: "Dat mihi fac, dabo tibi jus": dadme el hecho, que yo os daré el derecho.

Pues bien, se suscita entonces el problema de establecer quién es el sujeto llamado a demostrar el hecho o el acto jurídico.

Si quien ocurre al tribunal es un solo interesado, caso que se presenta en los actos judiciales no contenciosos, no hay problema, puesto que tan luego surge un hecho o un acto que deba probarse —veremos más adelante que hay algunos que no requieren de prueba—, el único sujeto del proceso será evidentemente quien deba probar. Lo mismo podemos decir del caso de las pruebas extrajudiciales, en que será el interesado quien se procure y produzca sus correspondientes probanzas; por ejemplo, dentro de los trámites administrativos.

Pero si la cuestión judicial es contenciosa, es decir, si hay litigio o juicio pendiente ante un tribunal, estamos frente a dos partes del proceso cuya distinta posición se determina por el contenido de sus alegaciones deducidas en el juicio.

Estas partes son el actor o demandante y el demandado o reo.

Ahora bien, el actor debe iniciar el juicio por demanda (artículo 253 del Código de Procedimiento Civil), en la cual se contendrá su alegación, proponiendo un hecho o un acto jurídico en que funda el derecho cuya declaración solicita en su favor.

El demandado, a su turno, puede adoptar una triple actitud: a) Nada hace; b) Niega; c) Opone una alegación por su parte, contraria a la del actor o coincidente con ella.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

297

Cualquiera de estas actitudes del demandado no influye en el *onus probandi* respecto del actor, ya que éste en todo caso se halla obligado a producir la prueba del hecho o del acto contenido en su alegación de la demanda.

El aforismo romano "*actor incumbit probatio*", quiere decir eso precisamente: al actor es al "primero" que le toca probar, porque al demandar avanza una proposición sobre la existencia de un hecho o de un acto. Sobre él pesa el *onus probandi* "primero" (44).

Si el demandado nada hace —rebeldía— o si formula alegación reconociendo el hecho o el acto alegado por el demandante, no está obligado a rendir ninguna prueba y el *onus probandi* recae siempre sobre el actor, porque éste debe en todo caso establecer y demostrar los supuestos que son base de su acción.

Si el demandado niega, preciso es distinguir dos situaciones diversas:

Si la negativa es indefinida —o sea, que no se prueba por el hecho positivo contrario— nada tiene que probar y el *onus probandi* recae en el actor. "*Et incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat*"; y en tal caso "*qui dicit*", quien alega, es el actor; el reo simplemente niega.

Pero si la negativa del demandado es definida —es decir, susceptible de probarse por el hecho positivo contrario, *verbi gratia*: demostrar no ser menor de edad acreditando la mayoría de edad, o no ser incapaz justificando la capacidad concurrente—, entonces el reo implícitamente afirma, alega, y de consiguiente debe probar tal supuesto positivo involucrado en su negativa, recayendo sobre él el *onus probandi*. "*Et incumbit probatio qui dicit*", al que alega, y en esta situación el demandado está alegando una afirmación, cual es la positiva contraria a la negativa.

Finalmente, puede acontecer que el demandado oponga una alegación —que recibe el nombre de excepción o defensa— contraria a la acción o alegación del actor. En este evento, sobre él recae el *onus probandi* respecto a los hechos o actos jurídicos contenidos en su propia alegación. Porque a este respecto se considera

(44) Claro Solar, Luis, Obra citada, Tomo 12, N.º 1989, página 661.

que se transforma en un verdadero demandante. Los romanos decían: "Reus in exceptione fit actor" y esto, sea que reconvenga o no.

Lo dicho tiene mucha importancia, porque al formular el reo una alegación —excepción o defensa— contraria u opuesta a la del actor, tácitamente reconoce la situación presentada por éste, tratando de destruirla con su alegación y prueba contraria. Y así, por ejemplo, si demandando el arrendador al arrendatario el pago de la renta de arrendamiento prueba el contrato, y el arrendatario, por su parte, se excepciona alegando el pago de la misma y lo acredita, ha reconocido con ello la existencia del contrato de arrendamiento.

Ahora, si posteriormente el actor formula alegación —réplica— contraria a la contestación y propone nuevos hechos o actos; y, a su vez, el demandado formula nueva alegación —dúplica— contraria a la réplica y con base a nuevos supuestos de hecho, cada uno, en su respectivo caso, tiene el onus probandi de su alegación o defensa en orden a los hechos o actos en ella contenidos.

En síntesis, el actor debe probar los extremos de su acción y el demandado los extremos de su excepción, considerados estos extremos como los supuestos de hecho o los actos jurídicos en que la acción o la excepción se fundamentan. Dicho de otro modo, recae el onus probandi en quien propone —afirma— una alegación en contra del estado normal de las cosas o de una situación jurídica establecida (45).

Son estados normales, todos aquellos que en el derecho constituyen el modo de ser perfecto y habitual de las personas o cosas, sin limitaciones ni restricciones.

Tales son, por ejemplo: el estado de liberación o de no obligación; la posesión; apariencia de dominio; se paga lo debido; la buena fe; la inculpabilidad en la ejecución de los hechos, etc.

Por eso, quien demanda por cobro de pesos debe probar el contrato de donde nace la obligación que exige (artículo 1698), y

(45) Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Obra citada, Tomo 7, N.º 1418, página 760.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

299

quien alega la mala fe o el dolo debe probarlo (artículos 707 y 1459); así como el que invoque haber existido culpa en la ejecución de un hecho ilícito debe demostrarla (artículo 2329).

Pero producida la demostración de un hecho o de un acto jurídico contrario al estado normal, nos hallamos ante una situación jurídica establecida —aunque sea aparentemente, pues el resultado probatorio sólo es definitivo en la sentencia—, y en tal caso, fundando la contra-parte su alegación en un hecho o en un acto opuesto a la situación jurídica aparente, a ella le corresponde el *onus probandi*, porque el extremo de su alegación es contrario a un estado de cosas que ha pasado a ser en apariencia normal.

Por eso es que quien se excepcione con la extinción de la obligación, debe probar el modo de extinguir (artículo 1698), y quien alegue la ilegitimidad del actor debe demostrarla, si éste antes hubiere establecido su legitimidad o se encontrare asistido por la presunción de ser hijo legítimo (artículo 189).

Concluimos, pues, que la determinación del *onus probandi*, o sea, de la parte a quien corresponde producir el medio de prueba, no depende tanto de la facilidad demostrativa del hecho a probarse, ni de la calidad de actor o demandado, sino que de la naturaleza de las alegaciones formuladas en el juicio.

Todo lo cual ha llegado a concretarse en esta sintética frase: "Quien, como actor o demandado, adelanta una proposición contraria a lo aparente, debe producir la prueba del hecho en que la funda".

Extensión del *onus probandi*.—Establecido que el actor debe probar los supuestos de hecho que configuran el extremo de su acción o alegación, en cuanto son contrarios al estado normal de las cosas o a una situación aparentemente establecida; y que el reo debe acreditar, en igual forma, los supuestos que son el extremo de su excepción o defensa, es del caso precisar cuáles son estos supuestos de hecho y sus características.

A este efecto, los supuestos de hecho exigidos por la ley como fundamento de un derecho pueden ser: **constitutivos** por una parte, y por otra, **impeditivos, modificativos o extintivos**.

Carnelutti expresa que "la carga de probar recae sobre quien tiene el interés de afirmar. Por tanto, quien propone la preten-

sión tiene la carga de probar los hechos constitutivos y quien propone la excepción tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas" (46).

Son hechos constitutivos los que determinan la existencia o validez de una situación jurídica. Y pueden ser, a su vez: **genéricos** —que convienen a toda relación jurídica— (artículo 1445), y **específicos** —que sólo convienen a determinada relación jurídica y la tipifican distinguiéndola de las demás— (artículo 1444). Es por esto que son constitutivos genéricos: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. Son, en cambio, constitutivos específicos: el consentimiento sobre la cosa y el precio en la compraventa; la escritura pública, si aquella se refiere a bienes raíces, etc.

Pues bien, si el actor alega un hecho constitutivo, debe probar —onus probandi— el supuesto específico mas no el genérico, porque este último no constituye el fundamento mismo inmediato de su acción y, por otro lado, porque no supone su existencia una alteración del estado normal sino que más bien su confirmación (47). En cambio, debe probar el constitutivo específico, porque configura el extremo de su acción como fundamento del derecho que invoca y propende a alterar el estado normal de cosas.

Tampoco está obligado el actor a probar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos. Es por eso que el acreedor que cobra indemnización de perjuicios debe probar el contrato —hechos constitutivos específicos que tipifican el contrato—, los perjuicios y la mora del deudor —estos últimos elementos constitutivos específicos de la indemnización de perjuicios—, pero no se halla obligado a demostrar la capacidad de las partes contratantes o que en la convención hubo causa lícita —que son elementos constitutivos genéricos— ni a probar el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, pues ésta será una consecuencia derivada de un hecho impeditivo o extintivo.

(46) Carnelutti, Francisco, Obra citada, Tomo I, N.º 23, página 68 y Tomo II, N.º 162, página 98, letra e).

(47) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 37, Sección 1.ª, página 383. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N.ºs 33-34, página 2797.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

301

Son hechos impeditivos los que se oponen a la existencia o validez de la relación jurídica; modificativos, los que alteran su contenido o sus efectos; y extintivos, los que hacen desaparecer los efectos jurídicos del hecho o del acto.

Todos estos supuestos de hecho, impeditivos, modificativos y extintivos, deben probarse, en principio, por el demandado, porque con ellos éste último pretende destruir una situación jurídica aparente —la probada por el actor—, tales supuestos constituyen el extremo de su excepción y al proponérselos tácitamente se reconoce —si son modificativos o extintivos— que una relación jurídica existe o existió.

Es un supuesto impeditivo la causal de nulidad; es modificativo, el pago parcial; son extintivos, la prescripción y todos los modos de extinguir obligaciones o derechos.

De donde resulta que si el demandado pretende que el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento imperfecto —según el actor— se debe a una de estas causas, deberá probarlo, recayendo sobre él la necesidad del onus probandi. Lo que se confirma si el demandado alega un hecho impeditivo, pues hemos visto que éste involucra la falta de un supuesto constitutivo genérico, de cuyo onus probandi está relevado el actor, quedando gravado con él el demandado.

Importancia del onus probandi.— Es mucha la importancia práctica de saber sobre quién recae en el juicio, la obligación de producir la prueba respecto a los hechos controvertidos.

Esto, porque si quien es llamado a probar no lo hace, su acción, excepción o alegación será desestimada en definitiva y porque probar es difícil, ya que hay que escoger el medio más eficaz y demostrar el hecho con todas sus características convenientes. Los hechos son oscuros, revisten graduaciones y matices difíciles de establecer muchas veces. En otras oportunidades, los medios de prueba son escasos, dudosos o contradictorios.

De aquí que se hable de "peso", carga o "fardo" de la prueba: "onus probandi", porque es pesado y difícil el probar.

Al mismo tiempo es arriesgado. En toda prueba se corre el peligro de que la demostración resulte ineficaz por deficiente y en tal contingencia la parte no obtiene en el juicio.

Por eso se habla también del "riesgo" de la prueba y se dice que más vale defenderse que atacar. Es un hecho evidente que la posición del demandado es superior a la del actor y que muchas veces los pleitos se ganan simplemente negando el reo, con lo que todo el peso de la prueba recae en el demandante, prueba que puede ser difícil suministrar.

De aquí que Planiol y Ripert expresen al respecto: "En este género de lucha es peligroso atacar, puesto que el que ataca sucumbe frecuentemente por los defectos de sus propias armas, sin que, teóricamente, el adversario tenga que hacer cosa alguna para defenderse" (48).

30.—Doctrinas sobre el fundamento del onus probandi.—Mediante distintas apreciaciones doctrinarias se ha tratado de explicar cuál es el principio rector del onus probandi.

Al efecto, siempre se ha suscitado una doble tendencia.

La primera es la tendencia de Bentham, quien estima que el Juez ha de ser el que atribuya el peso de la prueba, sea guiado por su libre criterio o gravando al indigno —habría presunciones de indignidad: usurero, condenado criminalmente—, pero siempre logrando que sea aportada por la parte que tenga menores inconvenientes (49).

Presenta el grave defecto de prestarse a la arbitrariedad judicial; de desconocer la igualdad de las partes en cuanto al derecho y a la obligación de probar; y de estar reñida con el principio de que en los juicios no se trata de personalizar sino que de averiguar la verdad objetiva de un hecho o de un acto, para lo cual no pesa la fama o dignidad personal de los litigantes.

La otra tendencia clásica es la contenida en el aforismo romano: "Onus probandi et incumbit qui dicit, non qui negat". Pero hay dos interpretaciones de este principio: la de Bethmann-Holwegg y la de Fitting (50):

(48) Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Obra citada, Tomo 7, N.º 1417, página 759.

(49) Lessona, Carlos, Obra citada, Tomo I, N.º 93, página 177.

(50) Lessona, Carlos, Obra citada, Tomo I, N.º 96, página 180.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

303

Bethmann-Holwegg, sostiene que dicho principio ha de entenderse con las siguientes aclaraciones: a) El que afirma debe dar la prueba nada más que de las condiciones de hecho inmediatas, esenciales al surgir el derecho; mientras que, por el contrario, aquellas condiciones accidentales que se oponen a la existencia del derecho debe probarlas quien lo impugna; b) En rigor, el que pretende activamente un derecho debe probar no sólo que ha surgido, sino que subsiste por no haber acaecido causal de extinción del mismo, pero siendo esta prueba imposible, la persistencia del derecho se debe presumir.

Podríamos decir que para esta tesis el onus probandi lo determina la naturaleza de la alegación. Es semejante a la explicación de Carnelutti basándose en los elementos constitutivos, impeditivos o extintivos del acto.

Para Fitting, debe probar quien formule una alegación opuesta a las relaciones jurídicas normales. Quien alegue el cambio debe probarlo, porque según el principio de la causalidad nada acontece sin causa y tal causa ha de suministrarla —en su prueba— quien la alega.

Esto significa —según Fitting— "affirmanti, non neganti, incumbit probatio".

De aquí que no sea necesario probar la preexistencia de cualquier estado anterior de cosas, sino que solamente el cambio mismo.

Fitting dice que son relaciones jurídicas "normales", aquellas en que la ley no ha introducido una adición o excepción particular, porque las reglas especiales nacen sólo por separación del orden normal. Así, la mayor edad, la salud, son relaciones normales; la menor edad, la enfermedad, son objeto de reglas de excepción o especiales, aparte de lo normal (51).

Polacco rechaza este predicamento por estimarlo impreciso y vago, y porque supone en el legislador un criterio que, a lo mejor, no ha sido el seguido por éste. Además, puede ocurrir que el juez en un caso particular no estime "relación jurídica normal" algo que lo es, o vice-versa. Es así como se ha dicho que probada la existencia de una obligación, para unos lo normal es que sub-

(51) Misma cita anterior; página 181.

sista, para otros que se extinga, porque es de su naturaleza la temporalidad.

Creemos que ambas posiciones doctrinarias pueden armonizarse en cierta medida, ya que precisamente la concurrencia de los elementos constitutivos genéricos es lo normal en el derecho y su omisión, la anormalidad o nulidad jurídica. Por otra parte, la presencia de los elementos constitutivos específicos determina un estado anormal que, probado y reconocido como situación jurídica aparente, pasa a configurar un estado "aparentemente normal", en cuyo caso la prueba de los elementos modificativos y extintivos representa precisamente una "anormalidad jurídica" que grava con el onus probandi.

Por eso es que, referida a los elementos constitutivos y extintivos, la idea de lo "normal" adquiere más consistencia y utilidad práctica.

Para terminar podríamos decir que las situaciones o estados normales revisten las siguientes características: a) Pueden ser reales o simplemente aparentes y quedan destruidas con la prueba contraria de la excepción; b) tienden a subsistir o a permanecer mientras la excepción no es demostrada legalmente; y c) el Juez sólo puede determinarlas y fijarlas con base a la alegación de la parte y al modo de ser habitual o sin limitaciones que en el derecho presentan los actos, personas o cosas.

31.—Evolución histórica en esta materia.—Aunque este tema es más bien propio de la Historia del Derecho, conviene dar una visión sintética de la evolución sufrida en este orden de materias, para comprender mejor su estado actual.

En el pueblo germánico, por regla general el peso de la prueba incumbía al demandado. Razones se han dado varias: porque se preferían las pruebas negativas; o porque debe presumirse que el demandado conoce mejor que el demandante el hecho o el acto; o porque el orgullo natural de los germanos no admitía que se pusieran en duda sus aseveraciones; o bien, porque todo el procedimiento primitivo era favorable al reo y consistiendo las probanzas en el juramento o el juicio de Dios, involucraba una ventaja para el demandado el onus probandi; o, finalmente, porque en lo penal la pena incumbe al acusado y la mayoría de los procesos

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

305

antiguos y la mayoría de los procesos antiguos caen en el plano criminal.

Esta es la opinión unánime de los tratadistas italianos.

No obstante, hay otras tesis (52).

Así, Unger afirma que regía el principio de la igualdad en la producción de la prueba y del onus probandi, de manera que vencía la parte que mejor prueba podía ofrecer.

Según Sachsse, el onus probandi recaía en aquel que fundaba su pretensión en un hecho propio.

Para Bar, el Juez imponía el peso de probar a aquella de las partes que le parecía prima facie estar del lado de la razón; según Laband, debía probar quien aducía hechos más decisivos.

Para Declaureil estas teorías históricas son imaginarias y no se basan en la realidad de las cosas pasadas. Afirma que ni el demandante ni el demandado estaban obligados a probar, sino que el peso probatorio incumbía al más débil. Claro está —afirma— que el más débil generalmente es el demandado o acusado. El actor es el dueño o el acreedor perteneciente a la clase dominante, pero puede ocurrir lo contrario y si el demandado es más fuerte, éste obligará al adversario a probar.

Sea por esta razón o por otra, el hecho es que el pueblo germánico en materia de onus probandi prefirió atribuirlo al demandado, principio que fué temperado en la última época gracias a la influencia románica y merced a la intervención del tribunal, que imponía la prueba, ya al que tenía algún indicio, ya al más digno o de mejor fama, ya al que estaba en mejor situación de hecho frente al juicio.

En el Derecho Romano antiguo, según Scialoja —que cita en esto a Gayo—, parece que el peso de la prueba recaía simultáneamente en el actor y en el reo. Se cita como antecedente el sistema procesal de las legis actio sacramento para las acciones reales, en las cuales el reo no se mantenía inerte en defensiva y en espera del éxito de las pruebas del actor, sino que al contrario alegaba dominio de la cosa reivindicada, en su caso, y la contrareivindicaba del actor, debiendo probar también el derecho que le asistía.

(52) Laemmermann M., Renato, Obra citada, N.º 16, página 30.

En la legislación romana posterior se llega al principio que esencialmente prevalece hoy, esto es: "et incumbit probatio qui dicit, non qui negat". Por consiguiente, sea demandante o demandado, quien alega, ejercitando acciones o excepciones, debe probar el extremo de su alegación. De ahí que el reo al excepcionarse se hace actor para los efectos probatorios: "reus in excipiendi fit actor".

32.—Excepciones al principio del onus probandi.—Constituyen excepciones al principio del onus probandi, aquellas situaciones en las que la obligación de producir la prueba no recae en quien, según la regla general, corresponde.

Primitivamente, los glosadores, mediante una errónea interpretación de los textos romanos, aplicaron la máxima "probatio negantis factum nulla est", en el sentido de que era imposible la prueba de los hechos negativos, con lo que el reo, al negar, trasladaría el peso de la prueba al actor.

No obstante, principalmente a través de la influencia del Derecho Canónico se limitó este alcance a los términos: "negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio", vale decir, que si bien los hechos negativos no son susceptibles de prueba directa, lo son de prueba indirecta.

Y dividieron las negativas en tres clases: a) Negativa de derecho —si se desconoce la concurrencia de un requisito legal—; b) Negativa de calidad —si se desconoce la característica propia de una persona o cosa—; y c) Negativa de hecho —si se niega la existencia o modo de ser de un hecho material—. La negativa de hecho puede ser, a su vez: de hecho definido —determinado por circunstancias de tiempo y lugar—; o de hecho indefinido —no determinado por circunstancia de tiempo y lugar—.

Ejemplo de negativa de derecho sería solicitar la nulidad de un testamento, negando que hayan concurrido las solemnidades legales en su otorgamiento. Ejemplo de negativa de calidad, si se pide una declaración de nulidad relativa fundada en que el metal de la cosa vendida es distinto al que se tuvo en vista al contratar. Un caso de negativa de hecho definida: No me encontraba ese día en Chile; y de negativa de hecho indefinida: No he recibido jamás dinero.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

307

Todas las negativas, menos la de hecho indefinida, se prueban por la afirmación contraria que llevan implícita. En el primer caso pruebo cuales fueron las únicas formalidades concurrentes; en el segundo pruebo la materia de que está fabricado el objeto; en el tercero, acredito el lugar en que realmente estuve ese día.

El hecho negativo indefinido es imposible probarlo, no porque sea negativo, sino que por ser indefinido; lo mismo que una proposición afirmativa indefinida, tampoco admite prueba. Por ejemplo, no será posible probar que siempre, en todo momento, he vivido en Concepción.

De todo esto se desprende, que quien niega tiene el onus probandi del hecho positivo contrario que implícitamente va envuelto en su negativa, y que, en estos casos, no hay traslado del onus probandi sobre el actor.

Sea que el actor demande negando —nulidad fundada en omisión de solemnidades—, o que el reo se excepcione negando, sobre cada uno recae el peso de la prueba, pero no puede decirse que haya alteración del onus probandi.

Es cierto que si la negativa es de hecho indefinido, quien la alega no se halla gravado con el onus probandi, pero semejante negativa a nada conduce ni altera la obligación de probar que pesa sobre el actor, quien, en todo caso, ha de demostrar el supuesto en que basa su alegación.

En suma, podemos concluir que la alegación de un hecho negativo no importa por sí sola traslado o excepción a los principios generales que rigen el onus probandi.

Traslado legal y convencional del onus probandi.—Las verdaderas excepciones al derecho común en esta materia son dos: a) Las presunciones legales; y b) Las convenciones que alteran el onus probandi.

Las presunciones legales.—Consisten en que la ley dé por demostrado un hecho desconocido induciéndolo de un hecho notorio (artículo 47, incisos 1.º y 2.º).

De modo que, como el efecto propio de la presunción es que la ley considere probado el hecho presunto, quien alega dicho

supuesto de hecho fundado en la presunción está relevado del onus probandi.

A este respecto cabe considerar:

1.o) Que sólo relevan del onus probandi las presunciones legales —tales como las de dominio (artículo 700, inciso 2.o); de paternidad legítima (artículo 180, inciso 1.o) etc.—, las cuales no se suponen, sino que expresamente las determina la ley.

2.o) Que la prueba del hecho notorio del cual parte la ley para inferir el hecho desconocido, debe producirla quien lo alega, según las reglas generales del onus probandi. Sin dicha prueba no opera la presunción legal.

Es por eso que quien quiera prevalerse de la presunción de dominio deberá probar su posesión, o, si de la paternidad legítima se trata, probar el hecho del nacimiento posterior en más de ciento ochenta días al matrimonio. Así se ha fallado (53).

De aquí que haya relevación del onus probandi en orden al hecho desconocido y alegado, pero no en cuanto al hecho conocido o notorio, el cual debe demostrarse según las reglas comunes.

3.o) Invertido el onus probandi, la carga de la prueba sobre la no existencia del hecho presunto recae en la parte contraria (artículo 47, inciso 3.o). Es el caso del reivindicador que prueba ser el dueño; del padre que prueba no ser el hijo suyo. Salvo que la presunción fuere de derecho, pues en tal evento, establecida ella, queda fijado como verdad incontrovertible el hecho así demostrado, sin que se admita prueba contraria (artículo 47, inciso 3.o parte final e inciso final). Nos proporcionan ejemplos de esto último, los artículos 8 y 76 del Código Civil.

Un caso bien claro de traslado del onus probandi, por razón de presunción, lo observamos en el artículo 119, inciso 3.o del Código del Trabajo, en cuya virtud no constando por escrito el contrato de trabajo de empleado particular, y no haciendo uso el empleador del derecho que le acuerda el Código si hay negativa del empleado a suscribirlo, se presume legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el empleado.

(53) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 29, Sección 1.a, pág. 36.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

309

Hecho notorio y que debe probarse por el empleado: la falta de contrato escrito. Hecho presunto: las estipulaciones del contrato.

Contra tales estipulaciones corresponde el *onus probandi* —alteración del mismo— al empleador y no al empleado, como debiera ser normalmente, ya que acciona invocando el contrato. Es una expresión del sentido social de la legislación del trabajo.

Recuérdese que el artículo 1995 del Código Civil establecía una presunción contraria en el arrendamiento de criados domésticos, en el que la presunción beneficiaba al patrón —relevándolo del *onus probandi*— y quien debía probar contra el hecho presunto era el obrero.

Lessona (54), sostiene que las presunciones no importan alteración del *onus probandi*, sino que su efecto propio es el de un medio de prueba indirecto, del cual se vale quien tiene sobre sí el *onus probandi*.

Aunque parece indudable que constituye un medio de prueba indirecto, no lo es menos que quien está amparado por la presunción legal no se halla en la necesidad de producir prueba alguna y la refiere a la parte contraria, por lo que es una realidad decir que traslada el *onus probandi*, especialmente si se considera que a no mediar la presunción tendría que entrar a probar. Una situación no se opone a la otra: que la presunción sea un medio indirecto de prueba no quita que releve del *onus probandi*.

Otros autores sostienen que no hay alteración del *onus probandi* en las presunciones, porque mediante ellas el legislador consigna el estado normal en ciertas relaciones jurídicas, de modo que quien se ampara en la presunción nada tiene que establecer, pues no alega contra sino que dentro del estado normal y será quien se alce impugnándolo quien tendrá el *onus probandi* —la contraparte—.

Pero este argumento es engañoso, pues no siempre la presunción legal tiende a dar por demostrado un hecho normal; también puede inducir un hecho anormal, ya que ello depende del hecho notorio en que la presunción se apoye —es un ejemplo el

(54) Lessona, Carlos, Obra citada, Tomo I, N.º 145, página 243.

artículo 1671 del Código Civil—, y aunque así fuese, si prescindimos de la presunción, tenemos que el beneficiado con ella estaría gravado con el onus probandi, por lo que se ve de inmediato que realmente hay una alteración o relevación del mismo.

Hay presunciones legales en nuestra legislación civil, que relevan del onus probandi en los siguientes principales casos: 1) Presunción de derecho sobre el conocimiento de la ley (artículo 8); 2) Presunciones legales de domicilio (artículos 59, 64, 67, 68, 71, 72 y 73); 3) Presunción legal de inexistencia (artículo 74, inciso 2.o); 4) Presunción de derecho relativa a la concepción del ser (artículo 76); 5) Presunción legal de muerte por desaparecimiento (artículo 80); 6) Presunción de derecho de mala fe, por haberse sabido y ocultado la muerte del desaparecido o su existencia (artículo 94, N.o 6.o); 7) Presunción de derecho en orden a la capacidad de la mujer casada con peculio reservado (artículo 150, inciso 5.o); 8) Presunción legal sobre filiación y paternidad legítima (artículos 179 y 180); 9) Presunción de derecho sobre deprecación de la madre adúltera divorciada (artículo 223, inciso 1.o); 10) Presunción de derecho sobre la demencia del interdicto por esta causal (artículo 465); 11) Presunción legal de dominio en favor del Fisco (artículo 590). La Jurisprudencia ha resuelto que ésta es presunción de dominio y no de posesión, por lo cual si el Fisco intenta querrela posesoria debe probar su posesión (54 a); pero en juicio reivindicatorio y demandando el Fisco, le basta a éste demostrar que se trata de un predio situado en Chile y que carece de dueño, para que se presuma su dominio, siendo de cargo del demandado y poseedor establecer que es dueño por algún modo legal. La presunción de dominio releva del onus probandi al Fisco (54 b); 12) Presunción legal de dominio (artículo 700, inciso 2.o); 13) Presunción legal de posesión (artículo 702, inciso final); 14) Presunción de derecho de mala fe en el caso de error de derecho (artículo 706, inciso final); 15) Presunción

(54 a) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 26, Sección 1.a, página 302.

(54 b) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 27, Sección 1.a, página 117.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

311

legal de buena fe (artículo 707); 16) Presunciones legales sobre la posesión (artículo 719); 17) Presunción legal sobre la fuerza como vicio del consentimiento (artículo 1456, inciso primero); 18) Presunción legal de culpa contractual por incumplimiento de una obligación convencional (artículos 1547, inciso 3.º y 1671). De manera que basta con que el acreedor pruebe la existencia del contrato y los perjuicios producidos, para que recaiga sobre el deudor el onus probandi tendiente a desvanecer la presunción de culpa, o sea, a probar que el incumplimiento ha sido fortuito y no culpable. La presunción de culpa contractual releva del onus probandi al acreedor respecto a la culpa del deudor, porque éste, al contratar, se comprometió a observar determinada "conducta" en la obtención del resultado de aquello a que se obligaba —cuidado mínimo, ordinario o sumo cuidado. (artículo 44, incisos 2.º 3.º y 4.º)—, de modo que establecida por el acreedor la existencia del contrato, los perjuicios y la mora, queda demostrado el aspecto externo de la culpa, esto es, la falta de observancia de la conducta o cuidado debido porque no se obtuvo el resultado contractual a que el deudor se comprometió. Hay un elemento de la culpa probado. De este hecho notorio infiere la ley el hecho desconocido, presunto, por medio de la presunción legal, es decir, el aspecto interno de la culpabilidad, o sea, el rol desempeñado por la voluntad del deudor: negligencia, descuido en el cumplimiento imperfecto o en el incumplimiento de la obligación del contrato. Para desvanecer la existencia del hecho presunto, deberá probarse contra éste, vale decir, que el incumplimiento ha ocurrido a pesar de la voluntad del deudor. La presunción es sólo legal. Y en esto se traduce precisamente la prueba del caso fortuito, cuyo onus probandi lo tiene por lo mismo el deudor.

El artículo 1547, inciso 3.º, hace recaer sobre el deudor tanto el onus probandi contra el elemento objetivo de la culpa (primera parte del inciso), como contra el elemento subjetivo, que es el que se presume (segunda parte del inciso).

Si el acreedor imputa dolo al deudor debe probarlo (artículo 1459), sin que esto quiera decir que deba probarle culpa grave, la cual, al igual que toda culpa contractual, se presume (artículo 1671), ya que si en materia civil ésta equivale al dolo, ello sólo significa que, en sus efectos —indemnización de perjuicios impre-

vistos— se equiparan ambos, pero no en lo tocante a la prueba. Así se ha fallado (55).

No obstante, sobre esto último hay opinión contraria, fundada en que la culpa grave, al igual que el dolo y la mala fe, supone una conducta ilícita, por lo que aún en sus efectos probatorios debe equivaler al dolo y no presumirse sino que debe probarse por el acreedor, recayendo sobre él el onus probandi. Además, porque la equiparación del artículo 44 se ha hecho sin distinción alguna (56).

En la responsabilidad delictual o aquiliana no hay, en principio, presunción legal de culpa y quien la impute al autor del hecho ilícito debe probarla (artículo 2329). Sobre el demandante recae el onus probandi y deberá acreditar: dolo o culpa en el autor; existencia y monto del daño; y relación de causalidad entre ese dolo o culpa y el daño.

Pero aún en esta materia, por excepción, hay presunciones de responsabilidad, que lo son de culpa delictual:

a) Presunción legal de culpa en el que tiene a otras personas bajo su dependencia o cuidado, por el hecho ilícito de éstas (artículos 2320 y 2322). Bastará probar el vínculo de subordinación o dependencia, el hecho ilícito del subordinado, el daño y su monto, y el dolo o culpa del subordinado, para que la ley presuma la culpabilidad y responsabilidad del principal. No obstante, como la presunción es legal, este último puede eximirse de responder probando que no pudo impedir el hecho ilícito con la autoridad que su respectiva calidad le confería (artículo 2320, inciso final);

b) Las presunciones de derecho de los artículos 2321 y 2327;

c) Las presunciones legales de responsabilidad por hecho de las cosas (artículos 2323, 2324, 2326 y 2328).

En la responsabilidad legal u objetiva —teoría del riesgo creado— no es necesario probar culpabilidad —dolo o culpa—, basta acreditar el hecho ilícito y el daño para que surja la responsabilidad en el autor, de modo que si éste pretende eximirse

(55) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 19, Sección 1.a, pág. 416.

(56) Somarriva U., Manuel, "Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia", N.º 46, página 38.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

313

sobre él recae el onus probandi (artículo 255 del Código del Trabajo): "El patrón o empleador es responsable de los accidentes del trabajo ocurridos a sus obreros o empleados". "Exceptúanse los accidentes debidos a fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima". "La prueba de las excepciones señaladas, corresponde al patrón".

En este caso se prescinde de la idea de culpa y se está sólo al concepto de "daño", de modo que probado éste surge la responsabilidad. Es una confirmación de los principios del onus probandi, desde que la prueba del daño incumbe al que lo alega y la de la excepción al autor del riesgo.

Las convenciones que alteran el onus probandi.—Son aquellas convenciones en cuya virtud las partes alteran las reglas comunes sobre el peso de la prueba, imponiéndolo a quien de derecho no le incumbe. Por ejemplo, se pacta que en un contrato de arrendamiento, destruída la cosa arrendada, el acreedor debe probar la culpa del arrendatario.

En doctrina se aceptan estas cláusulas, porque se dice que ellas miran a la parte voluntaria de la prueba —no a la fijación de las probanzas, admisibilidad ni valoración, materias éstas de orden público—, y atañen sólo al interés particular, por lo que los contratantes pueden relevarse del peso de la prueba o distribuirlo en forma distinta a la legal.

Nuestra jurisprudencia ha fallado que "hay objeto ilícito y nulidad absoluta en éstas cláusulas, por ser de orden público las disposiciones sobre el onus probandi y, de consiguiente, no admiten derogación" (57).

No obstante, esto es muy discutible y no lo estimamos acertado, toda vez que se admiten las cláusulas limitativas de la responsabilidad del deudor (artículo 1547, inciso final), en cuanto con ellas no se condone el dolo, el cual no puede anticipadamente renunciarse (artículo 1465), ni la culpa grave, que en materia civil equivale al dolo (artículo 44, inciso 2.º parte final), pero sí ha-

(57) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 8, Sección 1.ª, pág. 62.

ciéndose responsable de otra graduación de culpa que la que naturalmente le corresponde (artículo 2015, inciso 2.º); y aún más, si tenemos en cuenta que el artículo 1547, inciso final, admite estipulaciones expresas de las partes para alterar "todo" lo anteriormente preceptuado, disposiciones entre las que se hallan las relativas a la prueba del caso fortuito. Y es así como podría pactarse que el incumplimiento se reputara fortuito, a menos de prueba contraria rendida por el acreedor sobre la culpa del deudor.

Evidentemente que, mediante estas cláusulas, no podría llegarse a subvertir el onus probandi en los casos en que la relevación del mismo proviene de una presunción de derecho, ya que el efecto propio de esta presunción es no sólo relevar del onus probandi, sino que tener por verdad el hecho presunto, excluyendo toda prueba contraria.

El reciente Código Civil Italiano, de 1939, permite a las partes modificar o invertir el onus probandi "en los casos en que se trata de derechos de que pueden disponer libremente".

En suma, como la obligación de probar, que recae sobre una de las partes, no proviene de un correlativo derecho que la otra tenga a exigir esa prueba sino del propio interés o necesidad para la parte, nada se opone a que ésta, prescindiendo de tal interés, altere el onus probandi.

Y aún si se le considerara como una facultad o derecho, éste no miraría sino a su interés individual, por lo que podría perfectamente renunciarse, ya que su renuncia tampoco está prohibida (artículo 12).

33.—El onus probandi ante la legislación y la jurisprudencia.

I.—Ante la legislación.—El principio general lo establece el artículo 1698 al disponer que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta" (inciso 1.º).

Esta disposición que, como decimos, establece la regla de derecho común en cuanto al onus probandi, presenta las siguientes características:

1.º) Es de general aplicación.—De modo que, a pesar de hallarse ubicada en el Libro IV y de referirse en su texto a la prueba de las obligaciones, lo mismo que todas las materias del Título

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

315

XXI sobre la prueba, es aplicable también a los derechos reales y en derecho de familia y sucesoral; asimismo lo es en las demás materias extra-civiles.

Esto es lo que fluye de las mismas disposiciones del legislador, que en otras materias hace regir idéntico principio (artículos: 94, N.º 1.º, tratándose de la muerte presunta; 150, inciso 4.º, sobre los bienes reservados; 180, inciso 2.º, en cuanto a la impugnación de la paternidad legítima; 305, 307, 308, 313 y 319, sobre estado civil y su prueba; 700, inciso 2.º, en la posesión; 1209, inciso 1.º, en el desheredamiento; 1264, en materia de acción de petición de herencia; 2295, inciso 1.º y 2298, en materia de pago indebido; y 2493, tratándose de la prescripción).

Así también lo ha resuelto la jurisprudencia, al fallar que "opuesta por el demandado la excepción de prescripción como medio de extinguir la obligación, que se hace efectiva en la demanda, la sentencia que declara que a éste corresponde probar su extinción da correcta aplicación al artículo 1698 del Código Civil" (58).

En materia que no es propiamente contractual, se aplicó el artículo 1698, al resolverse que "infringe el artículo 1698 del Código Civil la sentencia que establece la doctrina de que corresponde probar la falsedad de un documento privado a la parte contra quien se presenta, aunque ella no lo haya escrito ni firmado" (59). Y la explicación de esto nos la da la siguiente sentencia: "El que presenta un instrumento privado de que pretende valerse, afirma la existencia de un hecho jurídico, como es el otorgamiento y, por lo tanto, debe probar su autenticidad, esto es, el que se ha otorgado realmente" (60).

Tratándose del dominio y de la reivindicación, se ha resuelto que "reconocida por el demandante, al interponer su acción reivindicatoria, la posesión de la cosa en poder del demandado, corresponde al primero justificar que es dueño, ya que el poseedor se reputa tal mientras otro no justifica serlo" (61).

(58) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 27, Sección 1.ª, pág. 414.

(59) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 15, Sección 1.ª, pág. 500.

(60) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 11, Sección 2.ª, pág. 45.

(61) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 23, Sección 1.ª, pág. 40.

Finalmente, es opinión unánime de la doctrina, la de que este artículo 1698 tiene una aplicación general en nuestro derecho.

2.o) Hace probar al que "alega", no al que "niega" sin alegar.—Ya hemos dicho que la alegación es la proposición que, conteniendo una petición, se formula por vía de acción o excepción al tribunal. Supone un planteamiento de hecho y una petición de derecho. Quien simplemente niega, nada alega y, por lo mismo, nada debe probar.

Pero si la negativa es definida, incumbe al que niega la prueba del hecho positivo contrario. Ya hemos visto que sólo la negativa indefinida es imposible de probar. Lo anterior, porque en toda negativa definida hay "alegación"; en cambio, en la negativa indefinida no hay alegación positiva alguna.

El artículo 1698 hace probar al que alega el extremo de su acción o excepción.

3.o) Aplica el principio del onus probandi en razón de la naturaleza de la alegación.—En efecto, el precepto legal ya aludido dice que incumbe la prueba de la obligación, al que alega la existencia de ella, y de la extinción de la misma al que alega tal circunstancia. Es decir, que para determinar a quién incumbe el peso de la prueba se está a la naturaleza de la alegación de la parte y no a la situación del actor o reo de ésta, ni a la facilidad o dificultad en la producción de las probanzas.

Debe probar, por consiguiente, quien alega contra el estado normal de las cosas —el estado normal es el de liberación no el de obligación—, pero una vez demostrada la obligación del reo, ésta pasa a ser una situación o estado jurídico aparente y corresponde al demandado el onus probandi de su alegación —extinción por un modo legal— contraria al estado o situación jurídica aparente —la de obligación—.

Y este envío mutuo del onus probandi puede continuar en el curso de la litis. De modo que si el demandado deudor alegare extinción de la obligación por prescripción, el actor acreedor puede invocar que ésta se interrumpió, gravándose con la prueba del hecho constitutivo de tal interrupción, y si el deudor alegare en

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

317

contra que esta última no operó por alguna de las causas del artículo 2503, deberá probarlo.

Semejante explicación obtenemos a través del principio ya enunciado de los hechos constitutivos y extintivos.

El actor —acreedor en este caso— debe probar los hechos constitutivos específicos, o sea, los elementos esenciales del contrato o de la fuente de la obligación, generalmente contenidos en la definición legal del contrato o fuente.

No prueba los elementos constitutivos genéricos, porque ellos configuran lo normal dentro del derecho —consentimiento, capacidad, objeto y causa—. Es al demandado que alega la falta o imperfección de estos elementos constitutivos genéricos a quien incumbe su prueba: por ejemplo, la incapacidad de la parte, la falta de causa o el objeto ilícito, etc., ya que tal omisión o imperfección los transforma en hechos impeditivos de la relación jurídica —nulidad del acto—.

A este respecto, la Corte Suprema ha fallado: "... Si bien el artículo 1467 del Código Civil no dice que la causa en un contrato se presume legalmente cuando no se expresa, la inexistencia corresponde probarla al que la alega, ya que lo normal es que los contratos no carezcan de causa" (62). Observamos en este fallo la aplicación de los principios que rigen el onus probandi: se prueba contra lo normal, esto es, los hechos impeditivos.

Tocante a los hechos modificativos y extintivos, el peso de su prueba incumbe al que los alega. De ahí que el artículo 1698 disponga que "... incumbe la prueba de la extinción de la obligación, al que la alega". Lo mismo suceden en orden a los hechos impeditivos —aquellos que se oponen a la generación o eficacia de la relación jurídica: nulidad—; su prueba incumbe a quien los alega.

Siendo las cosas así, quien alegue los vicios del consentimiento, la incapacidad o el objeto ilícito, deberá probarlo; son elementos impeditivos. Y quien alegue la prescripción, el pago u otro modo de extinguir obligaciones o derechos, tiene el onus probandi sobre

(62) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 37. Sección 1.a, pág. 383; Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. N.os 33-34, página 2797.

los hechos en que su alegación se funda; son modificativos o extintivos.

4.o) Es ley sustantiva y reguladora de la prueba.—Es ley sustantiva porque establece el principio fundamental de la prueba como es el peso, carga o distribución de ella, sin referirse a la forma o modo de hacer valer las probanzas en juicio. Así se ha fallado (63).

Y por ser ley sustantiva y no de procedimiento, se denomina también reguladora de la prueba, y es "decisoria litis", porque constituye fundamento en la decisión del pleito, en su fondo mismo, y no es "ordenatoria litis" pues no mira a la producción misma de la prueba en juicio (64).

De lo dicho se sigue que si los sentenciadores incurren en error, alterando el onus probandi, esto es, poniendo el peso de la prueba sobre quien no corresponde según el artículo 1698, procede un recurso de casación en el fondo y no en la forma en contra del respectivo fallo.

5.o) Incumbe la prueba al que alega, con prescindencia de la actitud del contrario.—Si la contra-parte niega o está rebelde, no por eso el que ha formulado alegación en su favor se halla relevado de la prueba. Quien alega debe probar su alegación. Y si no lo hace, se la desechará en la sentencia definitiva.

El artículo 1698 expresa que incumbe probar las obligaciones "o" su extinción, con lo que indica que se trata de dos situaciones distintas y de tal modo excluyentes, que una puede existir con independencia de la otra.

Así también lo ha resuelto la Corte Suprema: "Habiéndose seguido el pleito en rebeldía del demandado, no existen escritos fundamentales de éste que permitan precisar los términos de su defensa, en cuyo evento al tribunal sentenciador más que nunca le compete apreciar por sí solo la procedencia de la acción, principalmente en los aspectos de mero derecho". "Coartar dicha atribución significaría acoger todas las demandas incontestadas.

(63) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 21, Sección 1.a, pág. 437.

(64) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 45, Sección 1.a, pág. 712.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

319

en circunstancias que, correspondiéndole el onus probandi al que alega la obligación, forzoso es sostener que el silencio del rebelde no importa acatamiento, salvo disposición expresa que así lo ordene, como sucede en ciertos casos" (65).

Tales casos excepcionales son aquellos del Derecho Procesal en que el silencio o rebeldía produce el efecto jurídico de que se prescinda del rebelde (artículos 5, 21 y 78 del Código de Procedimiento Civil).

Pero la sentencia definitiva sólo puede apoyarse en lo alegado y "probado", so pena de fallar ultra o extra-petita.

Ahora bien, si la parte contraria acepta los hechos alegados por su contendor, no por eso se releva a este último del onus probandi. Siempre tendrá el fardo de la prueba y con tal mérito el Juez acogerá o desechará la demanda. Esto, porque lo contrario conduciría a aceptar la colusión en los juicios, lo que en ciertas materias de orden público pasa a tener gran importancia. Por ejemplo, tratándose de juicios de nulidad de matrimonios por incompetencia del Oficial del Registro Civil.

El artículo 313 del Código de Procedimiento Civil dispone que siendo aceptados por ambas partes los hechos, no se reciba la causa a prueba; pero ninguna disposición establece que en tal evento, quien alegue un hecho quede relevado del onus probandi, no rigiendo el artículo 1698 del Código Civil, ni que la valoración a hacerse por el tribunal en definitiva ya fuere inútil. Por lo demás, la prueba se dirige a producir la certeza en el Juez y no en la parte contraria.

De todo lo dicho fluye la regla que hemos enunciado: Incumbe la prueba al que alega, con prescindencia de la actitud de la parte contraria.

II.—Ante la Jurisprudencia. — Los tribunales, en reiteradas oportunidades, han aplicado los principios y preceptos relativos al onus probandi, según se dejan señalados anteriormente.

Merecen destacarse los siguientes casos jurisprudenciales:

(65) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 34, Sección I.a, pág. 81.

a) En materia de responsabilidad contractual: "Incumbe al porteador probar que la pérdida de la mercadería transportada no le es imputable, mediante la demostración de hechos y circunstancias que sean capaces de desvirtuar la presunción legal de que esa pérdida ha ocurrido por su culpa y de justificar que ha empleado la diligencia y cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos" (66).

b) En materia de responsabilidad delictual: "El que solicita indemnización de perjuicios por el daño sufrido a consecuencia de un delito o cuasi-delito debe acreditar: a) El hecho con sus características especiales que constituyan y caractericen el acto delictuoso; b) quién es el causante directo del acto que infirió el daño; c) cuál es la persona que ya sea por su propia acción o por la de sus subordinados o por la de aquellos que estuvieron bajo su cuidado es obligado por la ley a indemnización; d) que el acto o infracción legal punible haya causado perjuicios al actor en su persona o en sus intereses; y e) el verdadero monto del daño. El fallo que declara que corresponde al actor acreditar las circunstancias anotadas, no infringe sino que da correcta aplicación al artículo 1698 del Código Civil" (67).

Otro fallo sobre la misma materia, resuelve que "son requisitos esenciales de todo delito o cuasi-delito civil, el dolo, culpa o negligencia de la persona a quien se imputa el hecho ilícito, y el daño causado al que reclama la indemnización correspondiente. Incumbe al que alega la obligación nacida del delito o cuasidelito civil, probar la coexistencia de todos los elementos constitutivos de esa obligación. En consecuencia, el actor debe acreditar la negligencia en la buena conservación de su propiedad que atribuye al demandado y que habría sido la causa del accidente que motiva la demanda, como también la efectividad y cuantía de los daños que con ese accidente se le ocasionaron" (68).

Una tercera sentencia sobre esta misma materia expresa: "La culpa que se presume por el artículo 2320 del Código Civil es la

(66) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 30, Sección I.a, pág. 156.

(67) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 20, Sección I.a, pág. 480.

(68) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 45, Sección I.a, pág. 667.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

321

falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres deben emplear en el manejo de sus negocios propios para evitar en lo posible y dentro de una racional previsión cualquier hecho ilícito dañoso. El artículo 2320 citado, hace responsable al patrón o empresario de toda culpa considerada en abstracto, sin limitarla ni referirla a ninguna de las tres especies de culpa definidas en el artículo 44 del Código Civil. Por consiguiente, para que pueda cesar, de acuerdo con el inciso final del artículo 2320, la responsabilidad que de esa presunta culpa se hace derivar, es preciso que el patrón o empresario pruebe: a) haber empleado aquella diligencia o cuidado; y b) que no obstante tal diligencia no pudo evitar el hecho culpable de su dependiente" (69).

c) En materia de presunciones: "La sentencia que establece que no se ha probado ninguno de los hechos que podían dar origen a la presunción de conocimiento de la cesación de pagos, aplica correctamente el artículo 1698 del Código Civil, sin cargar a quien no corresponde el peso de la prueba, pues fué el demandante quien sostuvo en su demanda que el contrario tenía conocimiento de la cesación de pagos del fallido, fundado en tales hechos" (70).

d) En materia de impugnación de instrumentos privados: "La persona que presenta un instrumento privado está obligada a probar su autenticidad si la parte contraria la niega. Infringe el artículo 1698 del Código Civil la sentencia que establece la doctrina de que corresponde probar la falsedad de un documento privado a la parte contra quien se presenta, aunque ella no lo haya escrito ni firmado" (71).

e) En materia de extinción de las obligaciones: "Al deudor que opone la excepción de pago con beneficio de competencia, le corresponde probar los extremos exigidos por la ley para probar que ella puede aceptarse" (72).

(69) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 45, Sección 1.a, pág. 704.

(70) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 29, Sección 1.a, pág. 36.

(71) Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 11, Sección 2.a, pág. 45;

Tomo 15, Sección 1.a, pág. 500; Tomo 19, Sección 1.a, pág. 500.

(72) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 15, Sección 1.a, pág. 159.

f) Sobre falta de causa en las obligaciones: "El demandado que se excepciona alegando la nulidad de la obligación por carecer de causa real y lícita, debe probar su excepción. Si bien la ley establece que toda obligación debe tener causa real y lícita, no lo es menos que no es necesario expresarla, por lo cual esta omisión no puede acarrear por sí sola la nulidad de la obligación. Es nula, porque infringe los artículos 1467 y 1698 del Código Civil, la sentencia que declara que corresponde al ejecutante la prueba de la excepción alegada por el ejecutado, de nulidad de la obligación, basada en que ésta carece de causa real y lícita y que, con tal antecedente, acoge la excepción (73).

g) En materia de pago indebido: "Deducida la acción derivada del cuasicontrato de pago de lo no debido y reconocido por el demandado el pago, afirmando haberlo recibido a título de fianza, debe el actor probar que el pago no era debido. No procede, por lo tanto, acoger la demanda por la sola circunstancia de que el demandado no haya probado que el pago se hiciera a título de fianza, o sea, que era debido, si el actor no prueba por su parte que el pago no era debido, pues de lo contrario se invertiría la carga o peso de la prueba que según el título respectivo y en especial el artículo 2298 del Código Civil la imponen al actor. En consecuencia es nula porque infringe los artículos 2295 y 2298, inciso 1.º del Código Civil, la sentencia que acoge la demanda a virtud de que no se probó por el demandado que el pago se hiciera a título de fianza y de estimar por este solo hecho que no era debido, lo que significa que la falta de prueba de la excepción importa la prueba de la acción" (74).

h) En materia de pago con subrogación: "Pagado un crédito por una tercera persona que pretende haberse subrogado al acreedor a virtud de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1610 del Código Civil, para cobrar del deudor dicho crédito, haciendo valer esta situación jurídica, debe probar que existía la deuda que pretende haber pagado, que efectivamente la ha pagado y que el deudor ha consentido expresa o tácitamente en este pago. El de-

(73) Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 15, Sección 1.a, pág. 292; Tomo 37, Sección 1.a, pág. 383.

(74) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 21, Sección 1.a, pág. 75.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

323

mandado que, sin negar ninguno de estos tres hechos o elementos constitutivos de la subrogación, se limita a sostener que el tercero hizo el pago en calidad de mandatario suyo y con fondos que le entregó, es decir, que alega circunstancias para modificar la forma, el carácter y efectos del pago, debe probar estas excepciones. Debiendo, por otra parte presumirse, conforme al artículo 700 del Código Civil, que el tercero era dueño de los fondos con que hizo el pago, no le corresponderá a él probar que le pertenecían, sino al litigante que afirma lo contrario" (75).

i) En materia de tercería de dominio, prelación y pago: "Siendo el fundamento legal de toda tercería de pago la falta de otros bienes a más de los embargados, pesa sobre el tercerista la necesidad de acreditar dicha circunstancia, del propio modo que debe acreditar que es dueño de esos bienes en la tercería de dominio y su derecho de preferencia en la de prelación. No obsta a esa conclusión la circunstancia de tener que probarse de este modo un hecho negativo, dado que, en primer término, ello sólo implicaría una mayor dificultad para producir la prueba y ya que, establecida claramente en la ley esa necesidad, no sería dable hacerla pesar sobre el demandado, ni tomarla en consideración para otros fines que para usar de menor rigor en la apreciación de los hechos de los cuales esa prueba, pudiera resultar" (76).

j) En materia de prelación de créditos: "El crédito del Fisco por impuestos fiscales es de primera clase y no puede hacerse valer sobre la finca hipotecada sino en casos de no poderse cubrir en su totalidad con otros bienes del deudor. En consecuencia, el Fisco debe probar que el deudor carece de otros bienes, por ser ello esencial para la existencia del derecho que ejercita, ser constitutivo de él" (77).

k) En materia de estado civil: "El demandado que ofrece en sus escritos de contestación y réplica acreditar su calidad de hijo legítimo durante la secuela del pleito que se promovió en contra de la resolución que le concedió la posesión efectiva, en conformidad al artículo 1057 del Código de Procedimiento Civil, en que

(75) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 24, Sección 1.a, pág. 25.

(76) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 25, Sección 2.a, pág. 73.

(77) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, Sección 1.a, pág. 10.

se había fundado también la solicitud de posesión efectiva, se coloca en la situación jurídica de quien, con arreglo a la disposición legal precitada, se halla en la obligación de acreditar el estado civil que invoca, cuando es desconocido por quien pretende derecho exclusivo a la misma herencia" (78).

1) En materia de alimentos: "No procede sostener que la sentencia infringe el artículo 1698 del Código Civil, al establecer que el abuelo paterno demandado para que proporcione alimentos debe probar, para excepcionarse en parte de su obligación, que los abuelos maternos tienen bienes. En consecuencia, solicitado por él que se le libere de la acción deducida en su contra, excepcionándose con que debió dirigirse a la vez contra el abuelo materno por ser conjunta la obligación de ambos, le corresponde acreditar su alegación, sobre todo si se toma en consideración que le habría sido más fácil verificarla por servirle de base la afirmación de un hecho positivo, como es el de que hay otra persona que posee bienes suficientes para socorrer en unión suya a los que exigen la asignación alimenticia" (79).

II) En materia de reivindicación: "Siendo la acción reivindicatoria o de dominio la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, es necesario, para que tenga éxito, que se acredite por el actor no sólo el dominio que se invoca, sino también el hecho de que los demandados se hallan en posesión de la cosa que pretende reivindicar. Por consiguiente, aun cuando el demandante haya probado el dominio de los terrenos a que se refiere su demanda reivindicatoria, con los instrumentos públicos agregados a los autos, no puede prosperar su acción si no logra acreditar en forma legal que los demandados son realmente poseedores actuales de los terrenos de cuya reivindicación se trata" (80).

m) En materia de comodato precario: "En el juicio de comodato precario concierne al actor acreditar los hechos constituti-

(78) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 28, Sección 2.a, pág. 20.

(79) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 27, Sección 1.a, pág. 755.

(80) Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N.º 68, página 231.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

325

vos de la acción de precario, por ser él quien alega una situación distinta a la establecida" (81).

34.—Efectos y alteración del onus probandi.—Según hemos ya manifestado, cada parte tiene el derecho a rendir o no la prueba de su alegación; obvio es, entonces, que la contra-parte carece del derecho a exigir que su contendor rinda prueba.

Por eso es que hablamos de onus probandi o peso de la prueba, más que de "obligación" de probar.

El artículo 1698 nos dice: ... "incumbe", esto es, corresponde • toca, pero no preceptúa que haya obligación de probar.

De aquí fluye que alguna consecuencia jurídica habrá de resultar de la circunstancia de que se pruebe o no una alegación, para que pueda hablarse de fardo, peso o carga de la prueba.

En efecto, toda la eficacia del derecho aplicable al acto o relación jurídica de que se trata, depende de que quien debe probar lo haga o no conforme a la ley para producir la certeza del juez,

De aquí que se hable de "riesgo de la prueba", porque no probando el que alega pierde su pretensión y, al contrario, probando se hace eficaz el derecho o relación jurídica que invoca. Rige al respecto la máxima romana: "Actore non probante, reus absolvitur", es decir, no probando el actor debe absolverse al reo o demandado.

Y tal situación se refiere no sólo al reo respecto del actor que no prueba, sino que también al actor respecto del demandado cuya excepción contiene una alegación que le incumbe probar al reo y que queda improbadamente.

Finalmente, si quien no prueba su excepción es el reo y el actor, por su parte, prueba los hechos en que fundamenta la acción, resultará condenado aquél y obtendrá el demandante.

En este último caso debe considerarse una situación especial: El demandado que niega o se halla rebelde hace caer todo el peso de la prueba sobre el actor; pero el demandado que comparece y formula alegación dentro del juicio puede, con su actitud, facilitar el onus probandi del demandante. Tal cosa es lo que ocurre

(81) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 46, Sección 1.a, pág. 499.

cuando el reo opone excepción fundada en hechos modificativos o extintivos del acto o relación jurídica, sin poder probar tales hechos respecto de los cuales estaba gravado con el onus probandi. Evidentemente que entonces ha habido de su parte un reconocimiento en orden a la existencia o forma de acaecer del acto o relación jurídica, pues para alegar su modificación o extinción ha partido del supuesto de hecho tal como lo sentó el actor.

Así, por ejemplo, si el demandado no prueba que pagó el precio, habiendo alegado el pago, hay de su parte reconocimiento de la existencia del contrato de compraventa, con lo que se facilita la prueba del actor que ha debido probar este contrato para poder perseguir el cumplimiento de la obligación de pagar el precio que tenía el reo.

Todas estas situaciones denotan la importancia que tiene el que en los juicios, de cualquiera especie que ellos sean, la carga de la prueba recaiga sobre quien en derecho corresponde y no en el contrario.

Desde luego, por la influencia que ello tiene en el éxito final. En seguida, por lo ya dicho, de que establecida una situación jurídica aparente corresponde a la otra parte destruirla probando. Además, por la razón expuesta con anterioridad, de que la deficiente prueba de una parte puede reportar la consolidación de la producida por la otra; y, finalmente, porque el principio del onus probandi, de que pruebe quien alega algo fundado en su propio interés, tiene como importante razón de ser la de que esa parte se procurará previamente y con anterioridad los medios necesarios para producir la prueba que se le exige. Así, por ejemplo, el mutuante será el interesado en procurarse el instrumento público en que consta el mutuo y no la escritura de cancelación; a la inversa, el mutuario será el interesado en obtener la carta de pago del acreedor más que la escritura pública del contrato.

Ahora bien, el hecho de que el peso o carga de la prueba se distribuya irregularmente en juicio, imponiéndolo a una parte distinta de aquella a quien en derecho corresponde rendirla, es lo que se conoce con el nombre de alteración o inversión del onus probandi.

Semejante situación irregular fluye de la sentencia misma en la cual el juez establece que determinada parte no ha probado un

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

327

hecho o un acto correspondiéndole hacerlo, en circunstancias que era la otra parte y no ésta la que tenía sobre sí el onus probandi.

Es ésta una infracción legal que da base a un recurso de casación en el fondo por violación de una ley reguladora de la prueba, que es decisoria litis (artículo 1698), y por violación, además, de aquellas disposiciones legales especiales (artículos 700 y 2298) que constituyen aplicación particular del artículo 1698 en determinadas materias (82).

No obstante, hay dos excepciones a esta regla:

a) Hay inversión del onus probandi sólo en el caso en que el Juez impone la carga de la prueba a quien no le incumbe legalmente. Pero no la hay si voluntariamente una de las partes rinde una prueba cuya producción le correspondía a la otra. El derecho de probar, como lo habíamos anticipado, mira solamente al interés particular y puede renunciarse (artículo 12). En tal caso, la prueba debe considerarse objetivamente, como toda valoración probatoria, sin que haya inversión del onus probandi.

b) Nada impide que el Juez ordene producir determinada prueba como medida para mejor resolver (artículo 159 del Código de Procedimiento Civil), y que en tal evento la rinda cualquiera de las partes. Será, generalmente, la interesada en el pronto fallo de la causa quien la suministre (83).

Se ha estimado que ha habido inversión del onus probandi, entre otros, en los siguientes casos:

1) "Infringe el artículo 1698 del Código Civil y es nula la sentencia que da a esta disposición una aplicación impertinente invirtiendo la obligación de la prueba, al exigir al acreedor la que corresponde rendir al deudor, como único medio de quedar exento de responsabilidad por los perjuicios causados en la cosa" (84);

2) "La sentencia que para negar lugar a la demanda de una de las Municipalidades recientemente formadas se funda en que ésta no ha probado que la primitiva no tenga o no hubiere tenido

(82) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 45, Sección 1.a, pág. 712.

(83) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 34, Sección 1.a, pág. 466.

(84) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 19, Sección 1.a, pág. 416.

deudas que cubrir con el producido de la venta de los bienes raíces de su propiedad, declaración ésa que importa dar también por establecida la falta de prueba para la base principal de la demanda que consiste en la existencia de un saldo susceptible de ser repartido entre ambos municipios, es además nula porque infringe el artículo 1698 del Código Civil, ya que impone a la corporación demandante la obligación de probar un hecho negativo, cuya afirmativa precisamente constituye la excepción alegada en su defensa por la demandada, a la que, por tal motivo, incumbía la prueba de la extinción de su obligación" (85);

3) "Acreditado que ambos cónyuges tenían domicilio fuera de la circunscripción del Registro Civil que los casó, prueba que rindió el actor, el demandado que niega ese hecho deberá probar que ambos o uno de ellos tenía domicilio dentro de esa circunscripción y, por tanto, la sentencia que estimando que las personas pueden tener diversos domicilios, declara que el demandante ha debido acreditar que ninguno de ellos tenía domicilio en esa jurisdicción, es nula, porque infringe el artículo 1698 del Código Civil, invirtiendo el onus probandi" (86);

4) "La circunstancia de haberse dado por establecido un hecho sin haberse rendido prueba a su respecto, no importa invertir el peso de la prueba imponiéndolo a quien no corresponde, lo que sería necesario para sostener que se ha infringido la norma del artículo 1698 del Código Civil" (87);

5) "Es nulo, porque infringe el artículo 1698 del Código Civil, el fallo en que se invierte el onus probandi, al declarar que el que hace valer un documento debe acreditar la entrega de las acciones vendidas, no obstante que era la persona que suscribió el documento, y que al ser ejecutado opone como excepción la de no ser exigible la obligación porque las acciones cuyo precio reconoció deber no le fueron entregadas, la que debe probar ese hecho, tanto por ser el fundamento preciso de su excepción, etc..." (88).

(85) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 22, Sección 1.a, pág. 174.

(86) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 29, Sección 1.a, pág. 533.

(87) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, Sección 1.a, pág. 318.

(88) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, Sección 1.a, pág. 411.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

329

Dos casos especiales.—En esta materia se han suscitado dos casos particulares que merecen una consideración aparte:

I) El primero lo constituye la regla del artículo 2158, inciso final del Código Civil, en cuya virtud el mandante puede eximirse de cumplir en favor del mandatario las obligaciones que le impone el artículo citado, alegando que el negocio encomendado al mandatario no tuvo éxito o que pudo desempeñarse a menor costo, "con tal de que le pruebe culpa".

Se dice que ésta es una excepción al principio de derecho común que hace presumir la culpa contractual en el incumplimiento de las obligaciones, ya que aquí el mandante debe probar culpa al mandatario, por lo que también habría de parte del legislador una inversión al *onus probandi*, desde que dejaría al acreedor sin el amparo de la presunción legal de culpa contractual.

Así lo estima Somarriva (89), para quien se trataría de una excepción a los artículos 1698, 1547 y 1671 del Código Civil.

No obstante, y como sostiene Stitckin, estudiando el Mandato Civil (90), lo que aquí ocurre es que en las dos situaciones en que se coloca al mandatario en el artículo 2158, inciso final —no buen éxito del negocio encomendado o que pudo desempeñarse a menor costo—, no ha habido de parte de este último infracción o incumplimiento de obligación contractual, esto es, culpa contractual; sino que omisión del deber general de diligencia y cuidado que impone la ley a todos, y tal omisión no genera responsabilidad mientras no se produzca una culpa específica, determinada, cuya prueba incumbe al que la alega. Es, en verdad, un caso de culpa generadora de responsabilidad extracontractual civil; se trata de las obligaciones "de medio", según Demogue, en las cuales el deudor —en este caso el mandatario— se compromete a hacer todo lo posible para obtener el fin perseguido, pero no se obliga a obtenerlo; de donde se sigue que quien le impute culpa debe probarla.

(89) Somarriva U., Manuel, "Las Obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia", N.º 183, página 138.

(90) Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N.º 55, página 98.

En cambio, en las obligaciones "de resultado" el deudor se compromete a obtener un determinado fin; si no lo hace su culpa es determinada, porque la ley previó el grado de cuidado que debía desempeñar y no empleó; de ahí que esta especie de culpa se presume.

En consecuencia, el inciso final del artículo 2158 del Código Civil no constituye una excepción al principio del onus probandi, sino que una confirmación del mismo (artículos 1698 y 2329 del Código Civil), porque los hechos constitutivos de la culpa delictual debe probarlos el acreedor que la alega.

II) Otro caso interesante es el siguiente: Existiendo separación de hecho entre cónyuges, el marido o mujer que demanda alimentos al otro cónyuge, ¿debe probar sólo el estado civil de casado o, además de esto, su inculpabilidad en la separación?

Ambas pruebas ha exigido un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción (91).

Tal sentencia importa, en realidad, una inversión del onus probandi.

Y es así, porque dicha inimputabilidad no es elemento constitutivo específico de la acción alimentaria entablada; lo que no quita que —posteriormente en el pleito— pueda serlo respecto a otra alegación si llega la oportunidad de formularla.

En ese caso, el actor sólo debe probar su calidad de cónyuge, ya que así justifica el título de la prestación en su favor según el artículo 321 del Código Civil. Si el demandado se exonera y excepciona alegando que el actor no ha cumplido la obligación de hacer vida común, deberá probar el fundamento de esta excepción que opone, esto es, de que realmente hay separación de hecho. Por su parte, el actor alegará que ello es imputable al demandado y deberá así probarlo. A su vez, el reo rendirá la prueba contraria de la imputabilidad del acto.

Lo contrario significa imponer al demandante el peso de una probanza que no sólo no le corresponde rendir, porque no es extremo de su acción entablada, sino que a lo mejor resulta inocua, por

(91) Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N.º 56, página 371.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

331

no deducirse en el pleito posteriormente alegación alguna a su respecto, esto es, la imputabilidad o inimputabilidad del hecho de no hacer vida común.

35.—Legislación comparada.—Hay legislaciones como el Código Civil Alemán y el Código Civil Suizo de las Obligaciones, que no contemplan regla alguna sobre determinación del onus probandi. Se ha estimado que esta materia de la prueba es propia de los Códigos de Enjuiciamiento y que en cuanto a la distribución del peso de ella es cuestión de lógica jurídica que toca al Juez en cada caso resolver.

El Código Civil Francés, en su artículo 1315, contempla igual regla que nuestro artículo 1698: "Aquel que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarlo. Recíprocamente, aquel que se pretende liberado, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación".

Es la sanción legal del principio común en orden al onus probandi.

El Código Civil Español sigue el mismo criterio al disponer: "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone".

Por su parte, el Código Civil Italiano preceptúa igual cosa en el artículo 1312.

En el Derecho Argentino no hay regla común fijada por el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil tampoco la contiene. No obstante, el artículo 1190 del Código Civil dice que "los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de Procedimiento de las Provincias Federales", y en el hecho dichos códigos —según deja ver Arias— reproducen reglas de fondo o civiles para evitar dificultades prácticas (92).

El Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, inspirado en el Código Alemán, establece: "Todo el que deduzca una acción en juicio, debe producir la prueba de los hechos en que se funda su derecho. El que pretende que un derecho ha cesado o no es válido, debe probar los hechos que han producido la cesación o nulidad".

(92) Arias, José, "Contratos Civiles", Tomo I, página 237.

Observamos que se sigue en la primera parte la máxima "actor incumbit probatio", y en la segunda se hace recaer sobre el reo la prueba de los hechos impeditivos o extintivos.

Con diferencia de redacción, la Comisión Reformadora del Código Civil Argentino consagró el mismo artículo al disponer que "todo aquel que pretenda en juicio un derecho, deberá producir la prueba de los extremos en que entienda fundarlo; y a quien alegue que él ha cesado, o que no es válido, corresponderá justificar esta circunstancia" (artículo 235).

(Continuará)
