

EXPLICACIONES
DE
DERECHO CIVIL CHILENO
Y COMPARADO

POR
LUIS CLARO SOLAR

Ex-profesor de Código Civil de la Universidad de Chile

Juris praecepta sunt haec: honeste vivere
alterum non laedere, suum cuique tribuere.
(Ulpiano D. lib. I, tit. I, l. 10, § I.)

~~~~~  
TOMO DUODÉCIMO  
~~~~~

DE LAS OBLIGACIONES

III

IMPRENTA NASCIMENTO
SANTIAGO — CHILE — 1939

CAPITULO XVII

DE LAS PRUEBAS (1)

§ 1. GENERALIDADES

1981.—*Prueba*, en el sentido general de la palabra, es la demostración de la exactitud, o de la verdad de una proposición. Se da el nombre de *prueba*, dice Domat, a lo que persuade al espíritu de una verdad (2).

Tal es el sentido usual de la palabra *prueba*.

En el lenguaje jurídico tiene una significación mucho más restringida; designa la demostración, con ayuda de los medios autorizados por la ley, de la exactitud de un *hecho* que sirve de fundamento a un *derecho* pretendido; y como la prueba, así entendida es la única que sea admitida en juicio, se la llama por esta razón *prueba judicial*. La ley primera, tít. 14 de la Partida tercera decía en efecto: *Prueba es averiguamiento que se faze en juyzio en razón de alguna cosa que es dudosa*.

1982.—Esta prueba consiste, desde luego, en la demostración de un *hecho*. Las cuestiones de derecho no pueden ser objeto de semejante prueba. La ley nacional, con arreglo a la cual el juez debe fallar, cuya existencia es cierta y reconocida, puede, sin duda, dar lugar a discusiones, a interpretaciones; pero su verdadero sentido no es fijado jamás por uno de los medios de prueba establecidos por la ley; el juez es el llamado a aplicarla y para ello debe darle la interpretación que corresponda según las reglas que el Código establece para fijar el verdadero sentido que corresponde armónicamente a la ley dentro del espíritu general de la legislación. Por eso, aunque una de las partes invoque la opinión de los autores o la jurisprudencia de las sentencias

de los tribunales, sus alegaciones, rechazadas y contradichas por su adversario empeñado en darle otra interpretación opuesta, no podrán determinar al juez a ordenar la fijación de su verdadero sentido por medio de una prueba propiamente dicha (3). La fijación del verdadero sentido de la ley que el juez está obligado a aplicar por sí mismo corresponde a la teoría de la interpretación de la ley, no a la teoría de las pruebas.

La regla que dejamos establecida no tiene, sino dos excepciones: 1.º en el caso de invocarse la costumbre mercantil como supletoria del silencio de la ley, de acuerdo con el art. 4 del Código de Comercio; y 2.º en el caso de invocarse una ley extranjera para la solución de una controversia procedente de un contrato regido por la ley extranjera sobre cuya existencia o efectivas disposiciones haya desacuerdo entre las partes.

En el primer caso, el art. 5 del Código de Comercio establece, que no constando a los juzgados de comercio la costumbre invocada, sólo podrá ser probada por el testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella; o por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba, escrituras que dan constancia plena de dicha costumbre.

En el segundo caso, la existencia de la ley extranjera y de sus exactas disposiciones, es un hecho de la causa que puede establecerse por los medios de prueba ordinarios.

1983.—La prueba judicial no puede emanar sino de *medios autorizados por la ley*. En la acepción jurídica de la palabra, no todo medio naturalmente destinado a persuadir y a convencer a los hombres constituye *prueba*; el legislador, para prevenir los peligros que puede hacer correr a los particulares lo arbitrario del juez ha enumerado desde luego limitativamente los modos de prueba y ha determinado además, en qué casos y bajo qué condiciones puede cada uno de estos modos de prueba ser admitido para servir de base a la sentencia. Estos modos varían y la extensión de su aplicación es más o menos amplia según se trate de un asunto civil, comercial o criminal; pero sin que el principio cambie: el juez, en su calidad de tal, no puede formar su convicción sino en virtud de los medios legales de prueba, lo que no se reputa legalmente hecho, sino cuando es administrada según las formas de procedimiento y en los casos determinados por la ley.

De esto se sigue que el juez no está autorizado jamás para declarar la constancia de un hecho o su notoriedad, refiriéndose al conocimiento personal que él ha podido adquirir de tal hecho fuera de la instrucción del proceso. Este conocimiento personal del juez obtenido por

(1) Pothier, *Traité des obligations*, 4 me. Partie De la preuve tout des obligations que de leurs parements, p. 729 a 932; Bonnier (Edouard) *Traité thor. et prat. des preuves en droit civil et en droit crimine* 4me. édition 1873, 2 volúmenes; Baudry-Lacantinérie y Barde, *Obligations*, t. 3, n.º 2053 a 2782; Aubry y Rau, t. 12, § 749-769 ter; Planiol y Ripert, t. 7, n.º 1406 a 1593; Hucelot y Metman, *Obligations-Revue*, n.º 647 a 785.

(2) Domat, *Lois civiles*, lib. III, tít. 6; *Ouvres* t. 2, pág. 137.
Probatio est rei dubie per argumenta ostensis, la definición Accarius, otros autores, colocándose en un punto de vista más jurídico restringen la generalidad de esta definición: según Baldus, *Probatio est fides veri legitimis modis et temporibus facta* y Cujacius, con más precisión, buscando la definición de la prueba en los elementos mismos de que se compone, decir: *Probationes sunt testimonia vel instrumenta quibus fides veri constat*, definición que no sería exacta, sin embargo, si debiera darse a la palabra *testimonia* el sentido de *declaraciones de testigos*, porque la palabra *instrumenta* se refiriera a los documentos y no se comprendería la confesión y el juramento que son también medios de prueba.

(3) Larombière, t. 5 sobre el art. 1315, n.º 17; Demolombe, t. 29, n.º 183; Aubry y Rau, t. 12, § 749, texto y nota 2 quotes, pág. 65 y nota 3, pág. 66. 5.ª edición; Baudry-Lacantinérie y Barde. *Obligations*, t. 3, n.º 2055.

medios que no han experimentado la experiencia de la contradicción, no puede ofrecer garantía alguna (4):

1984.—Es necesario, en fin, que el hecho que se trata de probar sirva de fundamento al derecho pretendido; esto es, que debe ser de tal naturaleza que produzca, si llega a ser establecido, la convicción del juez sobre la existencia de este derecho. En efecto ¿con qué objeto se acreditarían hechos que no fueran susceptibles de justificar la pretensión del que los alega? *Frustra probatur quod probatum non relevat*, dice un antiguo apotegma sacado de una ley romana (5), «es inútil probar lo que no es concluyente».

Los hechos sobre los cuales recae la prueba deben ser, por lo mismo, pertinentes y concluyentes; de manera que su justificación tenga como consecuencia el establecimiento del derecho cuestionado.

1985.—La palabra *prueba* puede ser tomada en otros dos sentidos: significa también el procedimiento que se permite emplear para hacer nacer la convicción en el espíritu del juez, diciéndose, por ejemplo, que en ciertas materias todas las pruebas no son admisibles; o sirve para designar el resultado que se persigue empleando uno de estos procedimientos, expresando por ejemplo que una persona ha rendido tal o cual prueba.

1986.—La materia de las pruebas entra a la vez en el Derecho civil propiamente dicho y en el Derecho procesal, si bien corresponde más a este último, al cual, sin duda, pertenecen las reglas que determinan en qué forma las pruebas deben ser administradas. Pero, bajo ciertos respectos, el asunto tiene vinculaciones con el Derecho civil. Así el punto de saber cuál es el modo de prueba autorizado en un caso determinado depende de la naturaleza misma del acto, cuestión de fondo que toca decidir al derecho civil, como ocurre con las pruebas, llamadas por eso *preconstituídas*, cuya confección reglamenta el derecho civil y cuya fuerza determina.

Los primeros proyectos y el de 1853 no contenían disposiciones relativas a esta materia de las pruebas. El autor del Código había, al principio, estimado sin duda, que esta materia correspondía más bien al derecho procesal, y que podían seguir aplicándose los principios de la legislación romana sancionadas en las leyes de la Partida tercera y algunas recopiladas que reglamentaban las pruebas judiciales. En la revisión del Proyecto de 1853 se agregó al Código este título que fué tomado principalmente del proyecto español de 1851 concordado y comentado por García Goyena (6).

(4) Bonnier, Teoría de las pruebas, t. 1, n.º 101; Toullier n.º 201; Baudry-Lacantinérie y Barde, Obligations, t. 3, n.º 2056; Laurent, t. 19, n.º 83; Demolombe, t. 29.

(5) L. 21, tit. 19 De probat, lib. 4 del Código.

(6) Así lo acreditan las notas puestas en el Proyecto inédito (Obras completas de don Andrés Bello, t. 13, págs. 427 y siguientes), al título De la prueba de las obligaciones que en él se introdujo.

1987.—El Código trata en el título XXI del libro IV, *De la prueba de las obligaciones*, es decir de las obligaciones personales, siguiendo el ejemplo del Código francés que destina el capítulo VI del tit. III del libro III a la *prueba de las obligaciones y a la del pago*. Uno y otro Código han reproducido así, en el fondo, el procedimiento de Pothier, quien destina la cuarta parte de su tratado de las obligaciones a la *prueba tanto de las obligaciones como de sus pagos*.

Pero estas rúbricas no pueden tomarse en el sentido estricto que les corresponde literalmente. Tomadas a la letra, habría que decir que las disposiciones del Código se refieren únicamente a las obligaciones convencionales. Y ¿cuáles serían entonces los principios que rigen la prueba de las obligaciones que resultan de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito, cómo debería hacerse la prueba de los derechos reales? Pero esta interpretación literal no es admisible: el Código no contiene otras reglas sobre la prueba de los derechos y obligaciones patrimoniales; y las reglas que da en este título son generales por su propia naturaleza y no habría razón para limitarlas a las obligaciones convencionales únicamente, como no habría tampoco razón para limitarlas a la prueba de la existencia de las obligaciones personales convencionales y no comprender todos los modos de extinción de las distintas obligaciones.

Así como lo hemos observado con respecto a la declaración de nulidad y rescisión, cuyas reglas no se refieren únicamente a las obligaciones personales, observamos respecto del título XXI *de la prueba de las obligaciones*, que sus disposiciones se aplican a toda clase de pruebas y con arreglo a ellas debe rendirse tanto la que se refiere a obligaciones y derechos personales, como a obligaciones y derechos reales, cualquiera que sea su fuente o causa eficiente.

1988.—1.ª regla.—Desde luego, la primera regla que el título enuncia, resuelve una cuestión del mayor interés práctico, la de saber quien debe probar. El art. 1698 le da la siguiente solución: «*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*», consignando así en forma más sintética y precisa las dos reglas del art. 1315 del Código francés (7): «*El que reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente el que se pretende liberado, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación*», que el proyecto español comentado por García Goyena resumía en su art. 1196, diciendo: «*Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opond*», que vino a servir de modelo para la redacción del art. 1698.

El principio, cuyas consecuencias pone de manifiesto el art. 1698, es que la necesidad de probar se halla impuesta a aquel que alega un

(7) Código francés.

Art. 1315 Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas o bien un hecho que modifica una situación adquirida. La solución que la ley le da es la natural y lógica: Cuando una persona que se dice acreedora de otra exige el cumplimiento de la obligación cuya existencia ésta niega, debe presumirse que continúa existiendo el estado de cosas que la ley considera ordinario y regular, es decir la libertad de la persona de quien se exige la obligación, mientras el que la exige no haya probado que la obligación existe. Del mismo modo, probada la existencia de una situación cualquiera, es permitido destruirla y reemplazarla por otra; pero la parte que pretende haberse realizado este cambio debe establecer la modificación que alega.

El estado normal y habitual de los hombres entre sí, desde el punto de vista de sus deberes jurídicos que se llaman *obligaciones*, es el de su independencia recíproca, pues tales obligaciones no nacen sino de hechos determinados, excepcionales y de la autonomía que la ley civil deja a la libre manifestación de la libertad contractual. Por eso el que alega la existencia de una obligación que otro tiene de dar, de hacer o no hacer algo en su beneficio o de respetarle la situación determinada que sostiene haber adquirido con respecto a una cosa determinada, debe probar la existencia de tal obligación.

Del mismo modo en materia de propiedad el hecho normal y ordinario es que el derecho pertenece al que lo ejercita y por eso el poseedor es reputado dueño mientras otro no justifica serlo; y por lo mismo, es el reivindicador que no posee, el que debe probar el dominio que pretende tener en la cosa cuya posesión demanda.

Desde otro punto de vista, la situación normal es la libertad de las propiedades, las unas respecto de las otras; y por consiguiente el propietario que demanda el reconocimiento y el ejercicio de una servidumbre sobre el predio ajeno en beneficio de su predio, debe justificar también la existencia de tal servidumbre.

Pero puede ocurrir que el estado de casos normal y ordinario sea reemplazado por un estado contrario, por una situación adquirida. Así en materia de obligaciones personales el estado de acreedor constituye una situación adquirida cuando se ha probado la existencia del crédito; y por consiguiente, si el deudor quiere cambiar esta situación porque pretende estar liberado de la obligación, por haber sido ésta extinguida, a él le toca, según dice el art. 1698, probar la extinción que alega, sea por medio del pago, sea por cualquiera otro hecho que le haya producido.

De la misma manera, cuando el reivindicador ha probado que la cosa que reivindica le pertenece, su derecho de propiedad, aunque separado de la posesión, pasa a ser una situación adquirida; y toca al poseedor de la cosa, que quiere conservarla en su poder, probar que la ha hecho suya por actos o hechos posteriores que han hecho perder al reivindicador ese dominio, oponiendo, por ejemplo, la excepción de

prescripción adquisitiva; convirtiéndose así el poseedor demandado en actor o demandante respecto de esta excepción que opone a la demanda.

En el art. 1698 se hallan resumidas implícitamente varias máximas tomadas de la doctrina de los jurisconsultos romanos que son rigurosamente exactas aun bajo el imperio de nuestro derecho civil con tal que sean bien comprendidas. Vamos a examinarlas en seguida.

1989.—2.^a regla.—*Actori incumbit onus probandi*, al demandante incumbe el *fardo* o *peso* de la prueba. No quiere decirse en esta máxima que el fardo de la prueba sea impuesto en todos los casos al que intenta la acción exclusivamente. Generalmente el demandante es el que pretende que la situación adquirida entre él y el demandado debe ser modificada; todo juicio es un combate en que hay más peligro en el ataque que en la defensa, pues el demandante que trata de cambiar esa situación existente está obligado a probar el fundamento de su acción; mientras que al demandado le basta oponer una simple negativa a las afirmaciones de quien lo ataca sin necesitar en tal caso rendir prueba por su parte. Por eso se dice que la prueba es un *fardo*, un *peso*, para el actor que se halla obligado a justificar la existencia de la obligación o el derecho que pretende hacer valer, y que el demandado le niega.

Sin embargo el demandado que alega en su defensa, no una simple negativa de los hechos expuestos en la demanda, sino excepciones que han destruido la acción deducida, puede verse también obligado a rendir prueba.

La máxima *actori incumbit onus probandi* sólo significa que al actor le toca *primero* rendir prueba para establecer la exactitud de los hechos que sirvan de base a su demanda, puesto que su demanda tiende necesariamente a cambiar el estado normal de cosas, o una situación adquirida (8).

1990.—3.^a regla.—*Negantis naturali ratione nulla est probatio*, por razón natural ninguna prueba tiene que rendir el que se limita a negar. El demandado puede rechazar la acción deducida en su contra de dos maneras muy distintas: o bien se limita a negar pura y simplemente los hechos en que se funda la demanda, como si demandando el actor el pago de una cantidad que dice haber prestado al demandado, éste se limita a decir que tal préstamo no ha existido; o bien el demandado, combate la demanda con afirmaciones que no importan una negación directa, sino que a ser ciertas, darían como resultado la extinción de la obligación que el demandante demuestra que ha existido.

En el primer caso el demandado no está obligado a rendir prueba alguna. Tal es el sentido de la máxima: *Negantis naturali ratione nulla est probatio*. El demandante deberá necesariamente probar la existencia

(8) Baudry-Lacantinière y Barde, *Obligations*, t. 3, n.º 2061; Marcadé, t. 5, sobre el art. 1315, n.º 1; Mourlon, t. 2, n.º 1515.

de la obligación cuyo cumplimiento exige; y no probándola, el demandado deberá ser absuelto.

En el segundo caso, la defensa del demandado implica el reconocimiento del hecho que sirve de fundamento al derecho que se reclama en la demanda. El demandado opone simplemente una *excepción*, un medio de defensa que no contradice directamente la pretensión del demandante, puesto que reconoce que ha existido la obligación cuya ejecución se demanda; y que consiste en la alegación de un hecho nuevo con la mira de echar por tierra una situación adquirida. En cuanto a la prueba de los hechos en que se funda esta excepción, el demandado se encuentra en la misma situación que el demandante con respecto a la prueba de los hechos en que se funda su demanda, lo que se expresa con la máxima: *Reus in exceptione fit actor*: el demandado en su excepción se hace demandante. Habiendo reconocido que existió la obligación que se le demanda, si no prueba la extinción que alega, tendrá que ser condenado.

1991.—Pero las máximas a que nos referimos están formuladas de una manera demasiado estrecha; y se limitan a indicar únicamente quien debe probar la demanda y la excepción, siendo que los debates judiciales no se limitan muchas veces a estas dos fases. La excepción con que el demandado se defiende puede ser combatida por otro medio de defensa que el demandante invoca por su parte en la *réplica* y este otro medio de ataque puede ser rechazado por el que el demandado a su turno puede hacer valer en la *dúplica*. Por ejemplo, Pedro demanda a Juan la restitución de un caballo que le había entregado en comodato; Juan contesta que no puede restituir el caballo porque murió fortuitamente sin culpa suya; Pedro replica que la muerte del caballo no liberta a Juan porque estaba constituido en mora; y Juan duplica que la mora en que Pedro lo supone constituido no tiene influencia en este caso porque el caballo habría perecido igualmente en poder de Pedro si se lo hubiera entregado. No es cuestionable, en efecto, que el demandante que en la réplica rechaza la excepción del demandado debe probar el hecho en que se funda y que en la misma necesidad se halla el demandado con respecto al hecho que invoca en su dúplica.

De modo que la solución de la cuestión de saber sobre quien recaiga el fardo de la prueba depende mucho menos de las cualidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones que se hacen valer en el juicio: esta carga recae sobre cualquiera de las partes, demandante o demandado, que en la secuela del proceso avance una proposición contraria al estado normal de cosas o tendiente a destruir una situación establecida.

1992.—Baudry-Lacantinérie y Barde critican a este respecto los fallos de los tribunales franceses que han sentado una jurisprudencia

que se aparta de estos principios. Se refieren a los fallos dictados en materia de seguros sobre la vida.

Una cláusula formal de las pólizas excluye el riesgo del suicidio del asegurado, exclusión absoluta en las pólizas francesas (9). Se reconoce, no obstante, que el seguro no debe ser anulado en caso de inconsciencia del suicida. Ahora bien, cuando hay proceso entre los causahabientes del asegurado suicida y la compañía aseguradora, ¿cómo debe arreglarse la cuestión de prueba? Según los principios que acabamos de exponer de acuerdo con dichos autores, corresponde probar el hecho del suicidio del asegurado a la compañía aseguradora; pero una vez rendida esta prueba los beneficiarios del seguro deberían probar que el suicidio ha sido involuntario. La locura no podría presumirse. Ellos alegan un hecho nuevo; y en lo que respecta a este hecho, el fardo de la prueba pesa sobre ellos. No obstante, los jueces deciden al contrario generalmente que incumbe al asegurador probar no solamente el hecho mismo del suicidio sino también la voluntad que habría tenido el asegurado de poner fin a sus días.

«Esta jurisprudencia, dicen (10), tiene el grave defecto de no entrar en el análisis... Desde el momento que no hay presunción de locura, hay que distinguir dos alegaciones sucesivas: 1.ª hay un suicida; 2.ª pero el suicida ha estado inconsciente. Ahora bien, si la primera de estas alegaciones ha sido formulada por el asegurador, la segunda destinada a paralizar el efecto de la primera, emana evidentemente de los beneficiarios de la póliza, y como, aplicando las reglas expuestas más arriba, cada una de las partes se halla obligada a establecer los hechos que ella avanza y que tienden a quitar a la otra parte la situación por ella adquirida, la prueba de la inconsciencia debe hacerse gravitar sobre los causahabientes de los derechos del asegurado».

1993.—Si hubiera de darse crédito a un viejo adagio habría un caso de excepción a las reglas establecidas por el art. 1698: la negativa, se dice, no se prueba; en consecuencia el que alega un hecho negativo no puede ser forzado a probarlo. *Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat*.

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

Entre dos partes, una de las cuales avanza una proposición, afirmativa o negativa; mientras la otra se limita a negarla, sin avanzar por su parte proposición alguna, la prueba incumbe a la primera,

(9) Las compañías de otros países admiten al contrario la no caducidad del seguro cuando el contrato ha sido mantenido durante cierto tiempo.

(10) Baudry-Lacantinérie y Barde, *Obligations*, t. 3, n.º 2064.

ei qui dicit, y jamás a la segunda, *ei qui negat*, porque se ha limitado a quedarse a la defensiva. Mas desde que la segunda avanza por su parte una proposición cualquiera, afirmativa o negativa, es ella entonces *qui dicit*; y debe también probar lo que ella sostiene. Si el demandado limita su defensa a negar el hecho en que se funda la demanda dirigida en su contra, no está obligado a rendir prueba alguna. Por ejemplo, si Pedro le cobra a Juan cinco mil pesos que dice haberle prestado; y Juan se limita a decir que el préstamo no es efectivo y nada le debe, no tendrá necesidad de probarlo; de modo que no probando el demandante el fundamento de su acción, el demandado tiene que ser absuelto. Tal era el principio que consagraba el emperador Antoninus como conforme al derecho y a la equidad: *Actore enim non probante qui convenitur etsi nihil ipse præstat, obtinebit* (11). Y por eso si el actor reconocía que le era imposible probar sus afirmaciones, no podía obligar al demandado a que probara él su negativa, según lo establecían los emperadores Dioclesianus y Maximianus: *Actor, quod adseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit; cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla fit* (12); confesando el actor que no puede probar sus acciones, no puede obligar al demandado a justificar su negativa, porque naturalmente el que niega un hecho no necesita pruebas. No quería decir esto que los emperadores entendieran que la prueba no pudiera rendirse por tratarse de un hecho negativo, sino que habiéndose limitado el demandado a negar la exactitud del hecho invocado por el demandante en su demanda, no necesita rendir prueba sobre ello; y correspondía únicamente al demandante justificar con la prueba su demanda, sin lo cual el demandado tenía que ser absuelto aunque ninguna prueba hubiera rendido por su parte.

«Pero en lugar de entender esta frase (*probatio negantis factum nulla est*) en este sentido que presenta naturalmente, dice Toullier, antiguos glosadores pensaron que ella tenía otro, y separándola de lo que la precede, creyeron que esta ley establecía como máxima general que por la naturaleza de las cosas no se puede probar una negativa; en otros términos que la prueba de una negativa es imposible: proposición evidentemente falsa en jurisprudencia. La limitaron, pues, como el derecho canónico la ha también limitado: reconocieron que se puede probar indirectamente una negativa; y se limitaron a decir que no se la puede probar directamente: *negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio*» (13).

No desconocieron que bajo una cubierta de una negativa, se oculta una afirmación bien categórica a veces; es lo que los antiguos doctores han llamado en su expresivo y enérgico lenguaje, una negativa generatriz, *negativam prægnantem*.

(11) L. 4, t. 1 *De edendo*, lib. 2 del Código.

(12) L. 23, t. 19 *De probationibus*, lib. 4 del Código.

(13) Toullier, t. 8, n.º 17.

Dividieron a este respecto las negativas en tres clases: de derecho, de calidad y de hecho.

Enseñaron que se puede y debe probar *la negativa de derecho*; y así un heredero legítimo que ataca un testamento como nulo debe probar que no ha sido otorgado con arreglo a la ley, *non jure factum*.

Enseñaron también que *la negativa de una calidad*, que envuelve la afirmación de una calidad contraria, puede y debe también ser probada.

En cuanto a *la negativa de un hecho*, distinguieron entre la negativa de un hecho *definido*, esto es, restringido o determinado por las circunstancias de tiempo, de lugar y otras semejantes; y la negativa de un hecho *indefinido*, esto es, sin determinación alguna de tiempo, de lugar, ni de otras circunstancias. Reconocían que la negativa de un hecho definido puede ser probada indirectamente: así yo pruebo que tal día no estaba en Santiago si pruebo que ese día estaba en Magallanes o caso de negativa generatriz perfectamente calificado. En cuanto a la negativa de un hecho indefinido por ejemplo, *Pedro no ha prestado jamás cinco mil pesos a Juan*, sostenían que no podía ser probada ni directa ni indirectamente, a menos que contuviese implícitamente una proposición afirmativa; de lo que la glosa misma concluía que la pretendida máxima que dispensa de la prueba al que niega encuentra rara vez su aplicación cuando su pretensión no es fundada sino sobre una negativa, porque es muy raro que una proposición negativa no contenga implícitamente una afirmación. *Certe si diligenter attendas, non est aliqua negativa quæ tacitam non habeat affirmationem*.

De acuerdo con esta conclusión otros intérpretes, a cuya cabeza debe ponerse a Bartolus, sin detenerse en distinciones sutiles y obscuras, establecieron como un principio general que el que funda su demanda en una negativa, sea demandando, sea defendiéndose, debe ser cargado con el fardo de la prueba sin distinguir si se trata de una negativa de derecho, de calidad o de hecho: *Ubiunque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi; sive sit negativa juris, sive facti, sive qualitatis*.

Y el sabio Cocceius cuya opinión invocan Toullier, Bonnier y otros autores (14) en una disertación escrita *ex professo* para demostrar la falsedad de la doctrina de los antiguos glosadores, hace ver que la máxima que no se puede y no se debe probar una negativa es contraria a la razón y a los principios del derecho civil; y que hay que reconocer como un principio que se puede probar una negativa aun indefinida; y que el que funda su demanda en una negativa está siempre obligado a probarla, sin lo que el demandado debe ser absuelto.

Hay sin duda casos en que la prueba de una negativa indefinida es difícil y se presenta casi como imposible; pero esta dificultad o im-

(14) Cocceius *De directa probatione negativa*; Toullier, t. 8, n.º 18; Bonnier, obra citada, t. 1, n.º 41.

posibilidad se presenta también en las proposiciones afirmativas indefinidas. Por eso decía Cocceius que si no se puede siempre probar una proposición negativa indefinida, no es porque sea negativa, sino porque es indefinida, y que una afirmación indefinida no es menos difícil de probar: *Si indefinita negativa probari non potest, non id inde est quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita possit.*

1994.—El art. 1698, en los dos aspectos que contempla, refiriéndose en el uno al que invoca una obligación y en el otro al que alega su extinción, no se aparta de los principios que consagraban las disposiciones de las leyes de Partidas y de las leyes recopiladas, como lo hacen notar los comentarios a la disposición concordante del proyecto español de García Goyena.

Establecía en efecto la ley 1.ª del tít. 14 de la Partida tercera que corresponde solamente al demandante la prueba *quando la otra parte negare la demanda, o la cosa, o el fecho, sobre la pregunta que le faze. Ca si non lo prouasse deuen dar por quito al demandado de aquella cosa que non fue prouada contra él.* Y la ley agregaba: *e non es tenuta la parte de prouar lo que niega, porque non lo podria fazer bien, assi como la cosa que non se puede mostrar, nin prouar segun natura.* Pero esto no importaba dar por establecida una imposibilidad de probar la negativa; pues la ley terminaba, diciendo: *Otrosí las cosas que son negadas en juyzio, non los deuen nin las pueden prouar aquellos que las niegan si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes deste título.*

No se trataba, pues, de una imposibilidad absoluta de probar una proposición negativa. En efecto la ley 2 de dicho título se refiere a casos de negativa de calidades o de derechos en que el que niega debe probar su negativa. «Pero lo cierto es que en estos casos y otros de las leyes romanas y de la ley 2.ª y siguientes, tít. 14, Partida tercera, dice García Goyena (15) sólo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa.

1995.—La ley cuida de expresar cuáles son los medios de prueba; y a este respecto, el art. 1698 en su inciso segundo agrega: «*Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez.*». La palabra *pruebas* está tomada aquí en el sentido de modos o medios de prueba de que puede hacerse uso.

El art. 1698 enumera seis clases de pruebas. El art. 330 del Código de Procedimiento civil agrega uno más: el *informe de peritos*.

El Código de comercio indica además los *libros de comercio*, la *correspondencia*, las *facturas aceptadas*; pero pueden considerarse comprendidas entre los *instrumentos*.

(15) García Goyena, *Concordancia*, t. 3, sobre el art. 1196, pág. 204.

Trataremos de las pruebas separadamente en párrafos especiales a cada una de ellas.

1996.—No todas las pruebas tienen el mismo valor: son *plenas* o *semiplenas*.

Prueba *plena*, que también se denomina *completa* o *perfecta*, es la que demuestra, sin dejar duda alguna, la verdad del hecho controvertido. Tienen este carácter: 1.º la confesión judicial de parte (art. 389 del Cód. de Proc. civ.); Se dice por eso: «*Confesión de parte releva de prueba*»; 2.º la declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados, que den razón de sus dichos y no sean desvirtuados por otra prueba en contrario (art. 374, n.º 2.º del Cód. de Proc. civ.); 3.º los instrumentos públicos; 4.º el juramento decisorio (art. 404 del Cód. de Proc. civ.); 5.º la inspección personal del tribunal (art. 410 Cód. de Proc. civ.); y 6.º las presunciones y aun una sola presunción que tenga caracteres de gravedad y precisión suficiente para formar el convencimiento del juez (art. 428 del Cód. de Proc. civ.).

Prueba *semiplena*, que también es llamada *incompleta* o *imperfecta*, es la que por sí sola no demuestra con claridad el hecho, dejando duda acerca de la verdad de él, y que por lo mismo, no instruye al juez en términos de poder dar sentencia. Las especies más frecuentes de pruebas incompletas son: 1.º La declaración de un solo testigo (salvo el caso de los arts. 374, n.º 1.º y 428 del Código de Proc. civ.); 2.º la confesión extrajudicial (art. 388 del Cód. de Proc. civ.); 3.º las presunciones, salvo lo expresado al indicar los casos de prueba plena; 4.º el informe de peritos (art. 427 del Cód. de Proc. civ.); 5.º el juramento estimatorio (art. 404 del Cód. de Proc. civ.).

§ 2. ACTOS Y CONTRATOS SOLEMNES

1997.—Se suele dar el nombre de *prueba preconstituída* a la prueba confeccionada de antemano, y se dice que ella tiene especial cabida en los actos jurídicos solemnes que deben someterse en su otorgamiento a las formas establecidas por la ley y el instrumento que da constancia de su constitución sirve de tal prueba (16); se agrega que esta prueba establecida por las partes antes que se suscite discusión sobre los hechos a que se refiere, tiene grande importancia porque se constituye en el momento en que se presta el consentimiento de las partes: la escritura pública en el contrato de compraventa de bienes raíces es una prueba *preconstituída* (17):

Se confunde de este modo la *prueba* con la *solemnidad* del acto jurídico. La *prueba* tiene por objeto, según lo que dejamos dicho, justificar la existencia del acto o contrato de que emana la obligación

(16) Barros Errázuriz, *Curso de derecho civil*, 2.º año, pág. 235, tercera edición.

(17) Alessandri R. *Derecho civil*, 2.º año, *Teoría de las obligaciones*, pág. 462.

cuya ejecución se persigue; mientras que la *solemnidad* es un requisito indispensable a la existencia misma del acto o contrato; de modo que si falta, el acto o contrato no llega a perfeccionarse, ni producir efecto, porque no pasa de un simple proyecto de acto o contrato que no ha llegado a existir.

Por eso dice el art. 1701 que: «*la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno*».

La disposición no puede ser más precisa y terminante. Ella establece una regla inflexible y que no admite contemplaciones, aunque ambas partes estuviesen de acuerdo en hacerlas. Cuando la ley exige, para la constancia de un acto o contrato el otorgamiento de un instrumento público, el acto o contrato no existe si el instrumento público en que debe constar, no existe, no ha sido otorgado por las partes: la existencia del acto o contrato no puede acreditarse por prueba alguna; faltando el instrumento público exigido por la ley como solemnidad del acto o contrato; aunque ambas partes estén de acuerdo en que han celebrado el acto o contrato, la falta de la solemnidad no puede ser suplida por prueba alguna.

1998.—El art. 1701 viene así a confirmar la doctrina que distingue el acto o contrato absolutamente nulo del acto o contrato inexistente. Faltando el requisito de la solemnidad del instrumento público en que el acto o contrato debe constar se mirará como no ejecutado o celebrado, como si nada se hubiera hecho, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo. No es, según esto, la nulidad absoluta la sanción de la falta de la solemnidad con que el acto debe efectuarse o con que el contrato debe celebrarse, sino la inexistencia del acto o contrato; y esto, aunque se haya prometido, y en ello estén de acuerdo las partes, reducirlos a instrumento público en un determinado plazo; y se haya sancionado esta promesa con una cláusula penal.

Mientras el instrumento público del acto o contrato no se otorgue, nada existirá entre las partes; y si ellas otorgan efectivamente el instrumento público, el acto o contrato existirá desde el otorgamiento de ese instrumento y no desde antes. La cláusula penal pactada, para el caso de no otorgar el instrumento en el tiempo fijado a la promesa de otorgarlo no tendrá efecto alguno, desde que el acto debe tenerse por no ejecutado y el contrato por no celebrado.

«El reposo de las familias y la estabilidad de las fortunas, dice García Goyena (18), reclaman que ciertos contratos, a causa de su

(18) García Goyena, *Concordancia*, t. 3 sobre el art. 1202.

importancia, sólo puedan ser consignados en escritura pública: la ley podría quedar burlada si reconociera el menor efecto en cualquiera otra forma o manera de celebrarlos».

El acto o contrato solemnne no puede ser probado si no se produce y exhibe el requisito formal, con que la ley ha querido revestir su existencia. Nada importa que haya un instrumento privado en que se consignen todos los elementos del acto o contrato solemnne proyectado, si la ley ha exigido el otorgamiento de un instrumento público.

Con razón observa Vélez (19) que «las formalidades que se exigen para crear legalmente actos o contratos solemnnes no pueden suplirse con pruebas de ninguna clase, ni aun con la confesión de la parte o partes correspondientes por la sencilla razón de que sólo puede probarse lo que tiene existencia y estos actos y contratos se miran como no ejecutados o celebrados...». No sólo declara el art. 1701 que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, sino que el art. 1713, que declara que producirá plena prueba contra el confesante la confesión por él prestada relativa a un hecho personal suyo, establece expresamente que tal confesión no tiene valor para establecer la existencia de un acto o contrato que debe tener la solemnidad del instrumento público para poderse perfeccionar. No se conforma en este caso la ley con el consentimiento de las partes; y no acepta que el que entendía y quería obligarse por un acto o contrato solemnne, pueda serlo si no se realiza la solemnidad con que la ley ha querido que ese consentimiento sea manifestado: si esa solemnidad es un instrumento público, el acto o contrato, que no existe sin el otorgamiento del referido instrumento, no puede ser probado sino con la exhibición del mismo instrumento. La ley no dice que la falta de esa solemnidad produzca la nulidad absoluta del acto o contrato, sino que se mirará como no ejecutado o celebrado, es decir sin existencia jurídica.

1999.—Establece además la ley que se mirará como no ejecutado el acto o celebrado el contrato, en que se omitió el instrumento público exigido como solemnidad aun cuando en el acto o contrato se prometa reducirlo a instrumento público dentro de cierto plazo bajo la sanción de una cláusula penal; y que esta cláusula no tendrá efecto alguno. Faltando la solemnidad a que el acto o contrato debe someterse en su otorgamiento, nada existe; y por lo mismo no puede existir el compromiso de reducirlo a instrumento público dentro de cierto tiempo; y como la cláusula penal es una obligación accesoria, no puede tener efecto alguno desde que no existe obligación principal. Si pudiera hacerse efectivo la cláusula penal quería decir que el acto o contrato solemnne que debía otorgarse por instrumento público, tiene

(19) Vélez (Fernando) *Estudio sobre el Derecho civil colombiano*, t. 6, n.º 586. Compárese Alessandri R. obra citada, pág. 4, t. 4 y siguiente.

valor en orden a la efectividad de dicha cláusula a pesar de no haberse llenado la solemnidad con que la ley ha querido revestirlo.

§ 3. DIVERSAS CLASES DE PRUEBA

2000.—Vamos a tratar en secciones separadas de las diversas clases de prueba que la ley establece.

I. SECCIÓN.—*Prueba literal*

A.—*Instrumentos que constituyen esta clase de prueba*

2001.—*Prueba literal, escrita o instrumental* es la que se rinde por medio de instrumentos o escritos de todo orden; la que consiste, según la expresión de que se sirve el art. 1698 en *instrumentos públicos o privados*.

2002.—Según su etimología latina, con la voz *instrumento* se designa el escrito que ha sido redactado para suministrar la prueba de lo que ha sido consentido o convenido. El Código francés le da en este caso el nombre de *título (titre)*, o *acta (acte)*.

Si el escrito privado no ha sido redactado con el propósito de comprobar de una manera contradictoria el hecho que relata, se le clasifica entre los *documentos*, expresión de significación más genérica, como los registros, asientos, diarios, cartas y papeles domésticos en general; pero estos documentos son también elementos de la prueba instrumental. A esta prueba es a la que la ley concede mayor confianza. «La escritura es un testigo que difícilmente es corrompido» (20).

2003.—Los instrumentos son *públicos o privados*.

«*Instrumento público o auténtico*, dice el art. 1699, es el autorizado, con las solemnidades legales, por el competente funcionario». Es la definición del Proyecto español de 1851, comentado por Goyena, que decía: «Instrumento público es el que está autorizado por un oficial o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos, y como tales hacen plena fe» (21).

Instrumento privado es el otorgado por cualquiera persona y que no es autorizado por un funcionario público.

La diferencia fundamental que existe entre un instrumento público y un instrumento privado, consiste en que el instrumento público, con la autorización del funcionario público competente, lleva en sí mismo el sello de su *autenticidad*, es decir del hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en el

(20) Montesquieu, *De l'esprit de lois*, libro 28, cap. 44.

(21) Art. 1199 de dicho proyecto.