



EDITO
ESTEBAN PARRAMONAS

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO CIVIL CHILENO

 rubicón
EDITORES



FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO CIVIL CHILENO
© ESTEBAN PEREIRA FREDES

2019 RUBICÓN EDITORES
www.rubiconeditores.cl
contacto@rubiconeditores.cl

ISBN: 978-956-9947-29-2
1ª edición Septiembre de 2019
Tiraje: 400 ejemplares
Impresores: Microdat, Catedral 2876, Santiago
Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

LA IRRADIACIÓN PROCESAL DEL DERECHO CIVIL: A PROPÓSITO DE LOS HECHOS Y DE SU PRUEBA

*Flavia Carbonell Bellolio**

INTRODUCCIÓN

En este texto, me propongo reflexionar sobre algunas cuestiones comprendidas en la idea de “fundamentos epistemológicos del derecho privado”,¹ que surgen de la intersección entre el derecho civil y el derecho procesal. La pregunta por los fundamentos epistemológicos del derecho civil es un buen punto de partida para mostrar la relativa esterilidad teórica de la distinción entre derecho civil “sustantivo” y derecho procesal “adjetivo”. El pretendido carácter “instrumental” del derecho procesal es, más bien, la manera en que el derecho se realiza, esto es, la puesta en marcha de la idea de coactividad institucionalizada —que distingue al Derecho de otros sistemas normativos— por medio de un proceso judicial ante un órgano independiente e imparcial. Por tanto, la mirada del de-

^{*} Profesora asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ La pregunta por los fundamentos epistemológicos es inabarcable en el contexto de un trabajo como este y se vincula, a su turno, con los fundamentos filosóficos del derecho privado. Sobre esta última cuestión, véase el trabajo panorámico de PAPANANNIS y PEREIRA FREDES (2018).

recho civil desde el proceso permite una mejor comprensión del sistema jurídico y, en especial, de la dimensión fáctica de las normas jurídicas, a la vez que resalta el rol de los hechos en el derecho.²

Un ejercicio como este requiere hacerse cargo de algunas discusiones conceptuales que se relacionan con la determinación de los hechos en el contexto institucional de un proceso judicial. En primer lugar, se sostendrá que la acción es parte de la estructura de los derechos subjetivos establecidos por el legislador civil o, en otras palabras, es la manera de permitir que el titular de un derecho pueda demandar el cumplimiento de la obligación correlativa ante un órgano dotado de imperio. En segundo lugar, diré que los “hechos” de los que se ocupa el legislador civil son, en un determinado sentido, diversos de aquellos en los que se interesa el legislador procesal: el primero incluye, como condición de aplicación de la norma, clases de hechos, en tanto que al segundo entiende los “hechos” como instancias de esas clases de hechos que puedan ser probadas en juicio. En tercer lugar, me referiré a lo artificial y oscura que resulta la disputa por “la prueba” entre estudiosos del derecho civil y los estudiosos del derecho procesal y defenderé que la atención debe fijarse, en cambio, en las etapas probatorias y en su regulación. En cuarto lugar, me centraré en definir la relevancia de las presunciones en el razonamiento probatorio, en un intento por aportar claridad al papel que aquellas reglas juegan en la discusión sobre los hechos en el proceso.

I. DERECHO Y ACCIÓN

Las normas de derecho civil que establecen obligaciones³ pueden reconstruirse de manera condicional, tal como tradicionalmente se ha

2 Esta es una paráfrasis al título del libro de GASCÓN (2004).

3 El derecho civil se conforma, además de por normas en sentido estricto o prescripciones –esto es, enunciados que califican una conducta o comportamiento como obligatorio (mandato u obligación de realizar una conducta; prohibición u obligación de omitir realizar una conducta)–, por “normas” en sentido amplio (enunciados legislativos no prescriptivos), siendo las principales las normas de competencia, las normas permisivas o autorizaciones

hecho desde la teoría del derecho lógico-analítica,⁴ de la siguiente forma: “si x, entonces Oy”, donde “x” designa un hecho genérico o circunstancia,⁵ donde “y” designa una consecuencia jurídica y donde el conector “si... entonces” significa que *si se da “x”, entonces debe darse “y”*. Dicho de otra forma, x describe la condición de aplicación de la norma, mientras que y establece una determinada consecuencia, relacionándose aquella con esta por medio del conector, que en este caso es el operador deóntico “obligatorio” (O).

Desde esta concepción de la estructura condicional de las normas, es posible formular, por ejemplo, la norma de responsabilidad contractual, a partir de las disposiciones legales pertinentes,⁶ de la siguiente mane-

y las normas definitorias. GUASTINI (2016): 61 y ss. Pese a que se trata de una tipología no exenta de críticas, me parece que este listado cubriría suficientemente el tipo de normas de las que se compone el derecho civil y el Derecho en general, y que resulta más explicativa (y menos polémica) que la distinción entre normas regulativas y constitutivas atribuida a SEARLE (SEARLE (1969): 33 y ss.) y empleada por los teóricos del derecho. A más de las prescripciones y reglas definitorias, VON WRIGHT (1970: 26-30) agrega las directrices o reglas técnicas como una categoría principal de normas. MORESO y VILAJOSANA (2004: 66-67) explican las reglas técnicas en términos de normas constitutivas. La distinción entre normas regulativas y constitutivas tiene que ver con la distinta forma en que cada una se relaciona con los (distintos tipos de) hechos. Así, las normas regulativas disciplinan hechos brutos, por ejemplo, comportamientos humanos, que preexisten y son independientes a las normas, mientras que las normas constitutivas no se limitan a regular hechos brutos, sino que crean o definen nuevas formas de comportamiento o, más precisamente con GUASTINI, son condiciones de posibilidad de nuevas formas de comportamiento. Estas formas de comportamiento que dependen de aquellas normas se denominan hechos institucionales. Así describe GUASTINI la tesis de SEARLE en GUASTINI (1999): 108.

4 Por todos, ALCHOURRON y BULYGIN (1991). La estructura condicional (hipotética) de las normas puede verse, desde luego, ya en KELSEN (1983): 84 y ss.; 115-116.

5 Estos son los “casos genéricos”, entendidos como subclase o subconjunto del universo del discurso (UD) definido por una propiedad y también a la propiedad definitoria de la subclase, en la terminología de ALCHOURRON y BULYGIN (2012): 43. Conviene recordar, brevemente, que en esta teoría, las normas son enunciados que correlacionan casos genéricos con soluciones; los casos individuales son situaciones o acontecimientos que suceden en una locación espacio-temporal y que tienen la propiedad definitoria del UD. El UD es el conjunto de clases individuales. *Ibid.*

6 Por “norma” entiendo aquí una premisa (normativa) compleja que resulta de interpretar el conjunto de disposiciones normativas (o textos de las fuentes del derecho)

ra: “Si el vendedor incumple el contrato, no entregando la cosa a la que se obligó, entonces el comprador que ha cumplido, pagando el precio, puede demandar la resolución del contrato o su cumplimiento forzado, junto con la indemnización de perjuicios”.⁷ A su turno, para la norma de responsabilidad extracontractual, la formulación podría ser la siguiente: “Si una persona daña a otra culpable o dolosamente, entonces aquella persona debe reparar el daño, indemnizando a quien lo padece”.⁸

Si simplificamos y contraemos estas normas, diríamos “incumplimiento, entonces consecuencia” y “daño, entonces consecuencia”. Aunque resulte obvio, es importante notar que el incumplimiento o el daño no producen, *ipso facto*, la consecuencia jurídica (e.g. la resolución del contrato o el pago de una indemnización), sino que aquella se activa si el interesado acciona, normalmente ante un juez, solicitándole que aplique el derecho y resuelva la cuestión sometida a su conocimiento. En otras palabras, el legislador civil concede acción personal bien al vendedor, bien a la víctima del daño, para proteger su interés o su derecho.

Esto ya se encontraba recogido en la célebre frase de CELSO “*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*”: la acción no es otra cosa que el derecho de hacer valer en juicio aquello que es debido, aquello a lo que se tiene derecho.⁹ Y esta máxima ha llegado hasta nosotros bajo el rótulo “*ubi ius, ibi remedium*” o “*no writ, no right*”: donde hay derecho, hay acción, o en su faz negativa, si no hay acción, no

aplicables al caso, y que, precisamente, correlaciona un caso genérico con una solución normativa, tal como se indica en la nota anterior. Sobre la noción de premisa normativa, *vid.* CARBONELL BELLOLIO (2015): 16. La “revolucionaria” distinción entre disposición normativa y norma ha sido popularizada por GUASTINI en diversos textos. *Vid.*, por todos, GUASTINI (2011): 133 y ss.

7 Arts. 1489, 1824, 1826, 1828 del Código Civil, en adelante, CC.

8 Arts. 2314, 2329 CC.

9 Con ello, no quiero decir que las nociones de acción y de proceso actuales sean equivalentes a aquellas del derecho romano, ya que no lo son, sino simplemente a que la idea de que la acción es esencial en la idea de derecho subjetivo, especialmente, en el derecho romano arcaico, con el sistema de *legis actiones*. Sobre esto último, *vid.* GUZMÁN BRITO (2013): 113 y ss.

hay derecho.¹⁰ En palabras sencillas, ello quiere decir que los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico de un Estado garantiza a los sujetos –i.e. el derecho de propiedad– no son “auténticos derechos”, o son derechos ineficaces, si no existe un modo de hacerlos cumplir frente a eventuales infracciones, amenazas o vulneraciones cometidas por órganos del Estado o por particulares.¹¹ La “eficacia” del Derecho (“Derecho objetivo”) y de los derechos (“derechos subjetivos”) depende, entonces, de que el propio sistema garantice la protección y ejercicio de los derechos y controle el cumplimiento del Derecho.¹²

Las confusas explicaciones de la dogmática procesal no han logrado desplazar la razonabilidad de la máxima *ubi ius, ibi remedium*, ni han

10 *Vid.* ATRIA LEMAITRE (2003), que argumenta en favor de la aplicación de la idea legalista *ubi ius, ibi remedium* tratándose de reglas como las del Código Civil, no siendo posible su traslación, sin embargo, tratándose de derechos humanos. Como es obvio, la posibilidad de accionar ante un órgano jurisdiccional no asegura que los derechos no serán afectados ni constituye, en sí misma, la mejor protección de los derechos.

11 Esto es mayoritariamente negado por los procesalistas, específicamente, por la teoría dualista de la acción, que afirma que acción y derechos son entidades distintas. Esgrimen, simplificando, que existen derechos desprovistos de acción, o acción aunque no exista derecho. Como ejemplo de los derechos desprovistos de acción se suele mencionar las obligaciones naturales, que son aquellas que “no confieren derecho para exigir su cumplimiento” (art. 1470 inc. 3 CC). Sin embargo, antes que hacer de esta excepción la regla, lo que cabe en este caso es preguntarse si las “obligaciones naturales” son, realmente, obligaciones (y no negar que frente a cada obligación existe un derecho correlativo para exigir su cumplimiento). Por otra parte, habría acciones sin derecho, como lo serían las acciones posesorias, que no protegen directamente ningún derecho subjetivo (sino el “hecho” de la posesión). Esto último es fácilmente atacable si se entiende que las acciones posesorias protegen, en realidad, el dominio, o argumentando que las acciones posesorias protegen otros intereses jurídicamente relevantes, asimilables, para estos efectos, a los derechos subjetivos en sentido amplio (y sin hacer referencia a las categorías hohfeldianas). Sosteniendo la noción de acción y la tesis de la distinción conceptual entre el derecho y la acción, *vid.* COUTURE (2010): 47 y ss.

12 Dicha garantía consiste en contemplar y regular, como mínimo, lo siguiente: un órgano que tenga la competencia de conocer y la obligación de resolver el conflicto en conformidad a las normas jurídicas del ordenamiento (órgano que ejerce la jurisdicción); una acción para reclamar y remediar la supuesta lesión del derecho del que el sujeto se pretende titular; un instrumento o mecanismo de solución de la controversia, un proceso, que fije la forma de actuación de las partes y del órgano.

tenido la fuerza de socavar sus fundamentos. Por una parte, los intentos por diferenciar tajantemente entre el derecho subjetivo que sirve de base a la pretensión que se hace valer en un proceso judicial y el “derecho a la acción” oscurecen las ideas matrices de cómo funciona —y ha funcionado desde hace siglos— el Derecho. Un “derecho” es precisamente un derecho porque, frente a su desconocimiento o su infracción por parte de terceros, el sistema normativo coactivo e institucionalizado al que llamamos Derecho prevé mecanismos de protección o reparación y autoridades (órganos primarios) a los que se encomienda esta función.¹³ Esto permite demarcar entre un derecho y aquello que no es un derecho, como lo es una “mera expectativa” o un interés que no se encuentra jurídicamente resguardado. En otras palabras, es precisamente ese desconocimiento o infracción la condición para poner el “derecho en acción”.¹⁴ Claro está que en esta explicación hace falta un eslabón: una vez instituido el rol del juez como es conocido a partir de la Revolución Francesa,¹⁵ a aquel corresponde “decir el Derecho”¹⁶ mediante una decisión que bien reconozca la existencia y titularidad del derecho que se reclama y le brinde protección, bien la desconozca. En este sentido, quien se pretende titular de un derecho y alega que este ha sido vulnerado tiene acción para que dicha controversia sea resuelta por un juez a través de una decisión autoritativa.

Por otra parte, en la dogmática procesal opera la ficción de la completa incomunicación entre el sistema de acciones contempladas en el Código Civil y la enteleguía denominada “acción procesal”, que sería el instrumento para hacer valer una “acción civil” como la reivindicatoria,

13 La noción de órganos primarios aparece en RAZ (1986): 231 y ss., y en la tripartición de reglas secundarias de HART (1997): 94 y ss.

14 La expresión “el derecho en acción” es entendida, por cierta literatura, como la contracara del “derecho en los libros”. Aquí empleo la expresión para dar cuenta de la “dimensión procesal” del derecho subjetivo.

15 La función judicial se caracterizó, post Revolución Francesa, por una estricta sujeción del juez a la ley y por la exigencia de publicidad de las razones fundantes de la decisión judicial. ACCATINO SCAGLIOTTI (2003).

16 La expresión es de HERNÁNDEZ MARÍN (2005): 103 y ss.

la pauliana, la acción de precario, entre otras.¹⁷ No obstante, y al no quedar claro cuál es el contenido de aquella acción procesal –que no sea el conjunto de reglas que dan forma al proceso y, especialmente, las que se refieren a la manera de iniciarlo– pareciese preferible adoptar una interpretación sistemática más modesta del contenido del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) y del Código Civil y sostener que las disposiciones normativas civiles que regulan estas “acciones nominadas” establecen ciertos requisitos y efectos que vinculan al juez en la decisión de la controversia, mientras que las normas procesales prescriben los actos y condiciones formales que deben seguirse ante el juez. Estas normas procesales, por lo demás, son comunes a todas las acciones civiles, es decir, insensibles al tipo de acción de que se trate.

II. LOS HECHOS EN EL DERECHO CIVIL Y LOS HECHOS EN EL DERECHO PROCESAL

La noción de “hecho” es de suma relevancia para el Derecho y está lejos de tener un sentido unívoco. El legislador civil incluye frecuentemente el término “hecho” en sus disposiciones normativas,¹⁸ al tiempo que atribuye a ciertas “situaciones de hecho” determinados efectos.¹⁹ La dogmática civil, por su parte, hace mucho que teoriza acerca de lo que denomina “hechos jurídicos”.²⁰ La legislación procesal se refiere a los hechos como el sustento de las pretensiones que se hacen valer en juicio, como el objeto de la prueba y como el contenido de una de las enunciaciones

17 Sobre estas acciones, véase ATRIA LEMAITRE (2017a, 2017b, 2018) y LARROUCAU TORRES (2015a).

18 Por ejemplo, la recurrente expresión “por hecho o culpa” suya, en los artículos arts. 788, 900, 1496 N° 2, 1533 inc. 2; 1590, 1679, 1826 inc. 2, 1925 CC, entre otros.

19 Por ejemplo, supuestos de abejas fugitivas (art. 620); ruina de un edificio (arts. 932 y 2323); eventos de la naturaleza, como terremoto o rayo (arts. 45 y 934); muerte; la fuerza física (art. 1456); pérdida de una cosa (art. 1576 N° 7, 1670 y ss.).

20 La dogmática civil suele referirse “hechos jurídicos” y a las clasificaciones de los mismos, a propósito de la teoría general de los actos jurídicos. *Vid.*, por todos, VIAL DEL RÍO (2006): 12 y ss.

obligatorias de una sentencia.²¹ En materia de prueba de los hechos, la dogmática procesal tradicional ha ido complementándose con la teoría de la prueba, que incluye reflexiones epistemológicas acerca de qué son los hechos, cómo los conocemos y cuándo estamos frente a enunciados de hechos verdaderos o probados, entre otras cuestiones.²² Y en un peldaño de mayor abstracción, pero con impacto en la teoría y dogmática jurídica, está el debate filosófico (filosofía de la ciencia, filosofía moral y filosofía jurídica) entre quienes justifican la distinción entre hecho/norma/valor y quienes proponen su colapso.²³

Enfocándonos en la regulación positiva, es importante precisar—aunque pueda parecer superfluo— que los “hechos genéricos” enunciados por el legislador civil son, en un sentido, distintos de los “hechos” en los que se interesa, o que regula, el legislador procesal. Los “hechos” que se describen en el antecedente de la disposición normativa civil y que constituyen su condición de aplicación son enunciados que se refieren a una *clase de hechos*, formulados de manera general y abstracta, a los que el legislador asigna relevancia jurídica. Tomemos como ejemplo el art. 1826 CC: “El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él. Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales”.

21 Arts. 170 N°4, 254 N° 4 CPC; art. 309 N° 3; art. 318 CPC.

22 Es imposible referirme aquí a toda esta literatura. Dos referencias obligadas son GASCÓN (2004) y FERRER BELTRÁN (2005). Para una tipología de los hechos en el derecho, *vid.* GONZÁLEZ LAGIER (2003): 18-19. Con relación a la forma en que pueden formularse los hechos en el derecho (hechos formulados descriptiva, valorativa o relacionalmente), *vid.* WRÓBLEWSKI (2001): 236-237; 266 y ss.

23 Soy consciente de que esto es un tema amplísimo, argumentado sofisticadamente, del cual no puedo dar cuenta aquí. El debate queda claramente expuesto en PUTNAM (2002), que puede complementarse con la discusión que este autor ha sostenido con HABERMAS en PUTMAN y HABERMAS (2008). *Vid.* también ALLEN y PARDO (2003), para (el mito de) la distinción hecho-derecho.

Así, el supuesto de hecho genérico que permite activar el derecho del comprador, en este caso, consiste en que “el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega”. Nótese, sin embargo, que esta formulación no describe algo que haya ocurrido en el mundo, sino que, en parte, enuncia una clase de hechos²⁴ —la tardanza— y, en parte, incluye determinadas categorías, como “vendedor”,²⁵ “culpa”²⁶ y “entrega”,²⁷ que forman parte de la condición de aplicación de la norma en tanto definición o en tanto ejercicio de calificación jurídica que corresponde hacer a quien construye la premisa fáctica.

Frente a un caso controvertido que se ventile en un proceso, por tanto, habrá que probar tres cuestiones: 1) que se trata de un *vendedor*; 2) que el vendedor *no ha entregado* la cosa *oportunamente*; y 3) que el retardo en la entrega se debe a *hecho o culpa* del vendedor.²⁸ Es decir, a más de la calidad de vendedor, habrá que “demostrar”, a partir de la prueba que se rinda, que aquello que se alega por quien acciona (demandante) ha efectivamente ocurrido o ha ocurrido con cierta probabilidad. En este caso, que “el vendedor no ha entregado la cosa en la oportunidad que debía”. Y este es un enunciado sobre hechos pasados que se da por probado precisamente porque se encuentra respaldado por otros enun-

24 Clase de hechos brutos o de hechos institucionales. Los hechos brutos son entidades que existen con independencia del sujeto—forman parte de la realidad bruta—, y se distinguen de los hechos institucionales para cuya existencia se requieren instituciones humanas, formando parte de la realidad socialmente construida. SEARLE (1995): 9-11.

25 Arts. 1793, 1824 CC.

26 Art. 44 incisos 1, 3 y 4 CC.

27 Arts. 670, 1824 CC.

28 HOHFELD distingue entre hechos operativos y hechos probatorios: “[L]os hechos operativos, constitutivos, causales o dispositivos, son aquellos que, con arreglo de (sic) las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar relaciones jurídicas, esto es, para crear una relación nueva o extinguir una anterior, o para cumplir ambas funciones simultáneamente [...] Un hecho probatorio es aquel que, una vez verificado, proporciona una base lógica —no concluyente— para inferir algún otro hecho. Este último puede ser un hecho operativo o un hecho probatorio intermedio”. HOHFELD (2004): 41-46.

ciados “verdaderos” o “probados”. A estas cadenas de enunciados se les denomina “inferencias probatorias”.²⁹

Además, con respecto a la tercera cuestión, se hace necesario demostrar la concurrencia de los indicadores fácticos que el legislador, la dogmática y/o la jurisprudencia definen como constitutivos de la culpa,³⁰ y para ello se requiere, nuevamente, de prueba. En esto consiste, precisamente, calificar jurídicamente una conducta (*e.g.* no entrega oportuna de una cosa) como una conducta culpable.

Veamos un ejemplo concreto. En un proceso judicial, se da por probado que “Valentín no ha entregado la bicicleta infantil que le ha vendido a Clara (compradora que le ha pagado el precio) el día viernes acordado, puesto que se la ha prestado el día anterior a su intrépido sobrino Nicanor, de 4 años, quien la ha destruido al chocar con una pared”. Para dar por probado este “hecho”,³¹ el juez tendría que responder afirmativamente estas tres cuestiones: 1) ¿es este “hecho”—más precisamente, estos enunciados sobre hechos—, una instancia de la clase de hechos regulada por la norma?; 2) ¿se encuentra respaldado por pruebas?; y 3) ¿superan estas pruebas el umbral de suficiencia probatoria?

Resultará relativamente pacífico, luego de lo dicho, afirmar que parte central de un proceso civil consiste en adoptar una decisión acerca de si la hipótesis del demandante se encuentra o no probada, para lo cual existirá actividad probatoria de inclusión de información y pruebas, de valoración de aquellas pruebas y de determinación de si la prueba es suficiente para superar el estándar de prueba respectivo.³² Como ya he

29 *Vid. infra* p. 10.

30 Los indicadores de culpa que dependen del ámbito de las obligaciones de qué se trata. Recuérdese que la culpa leve es la “falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, que se asimila al estándar de diligencia de un “buen padre de familia”.

31 Ya he dicho que se trata de un enunciado complejo, que contiene varios “hechos” o, más precisamente, enunciados sobre hechos.

32 Sobre las distintas etapas probatorias, *vid. infra* p. 7.

afirmado, los enunciados sobre hechos que requieren ser probados son aquellos que constituyen una instancia de los hechos genéricos—descritos con menor o mayor precisión— incluidos en el antecedente de la norma jurídica aplicable. Entonces, la operación consiste en determinar si los enunciados sobre hechos que resultan probados son subsumibles en el supuesto de hecho descrito por la norma, y la indeterminación se da, precisamente, cuando frente a un caso concreto no se conoce con exactitud si aquel se encuentra o no comprendido en aquella descripción.³³

III. ¿PRUEBA SUSTANTIVA CIVIL O PRUEBA PROCESAL? EL RAZONAMIENTO PROBATORIO

Civilistas y procesalistas suelen disputarse el terreno de “la prueba de los hechos”, arena a la que además han ingresado, desde hace ya varios años, epistemólogos y teóricos del derecho.³⁴ Mientras que los procesalistas reclaman que la prueba es un instituto típicamente “procesal”, toda vez que constituye un elemento fundamental dentro del proceso judicial—la “fase probatoria”, la segunda de las tres fases de un juicio civil ordinario—, los civilistas aducen que la prueba es “sustantiva”³⁵ y que un argumento en favor de ello es que en una importante medida se encuentra regulada por reglas del Código Civil. Así, en el Título XXI del Libro IV, se contemplan normas sobre prueba de las obligaciones tales como: a) una regla general de carga de la prueba (art. 1698); b) una enumeración

33 GUASTINI (2011): 39 y ss.

34 Por mencionar solo de nuestra órbita, a más de los citados en n. 22, ACCATINO SCAGLIOTTI (2006, 2009, 2011, 2014), COLOMA CORREA (2011, 2017a, 2017b) y VALENZUELA SALDÍAS (2017). En el ámbito anglosajón, entre otros, HAACK (2014), LAUDAN (2006), STEIN (2005).

35 Así pareciese sugerirlo el título del libro del profesor Daniel PEÑAILILLO, *Prueba sustantiva en materia civil*, ignorado por completo en la enseñanza del derecho procesal en Chile. Sin embargo, en realidad PEÑAILILLO distingue entre normas probatorias de fondo, o sustantivas, y de forma, o procesales, sin importar su ubicación en uno u otro código. Las primeras son las que determinan los medios de prueba y su estructura, el valor probatorio, la admisibilidad, la carga y el objeto de la prueba. Las segundas, por su parte, son las que regulan la forma de rendir o producir la prueba ante el juez o autoridad. PEÑAILILLO ARÉVALO (1989): 11.

de los denominados “medios de prueba” admisibles (art.1698 inc. 2); c) definiciones, requisitos y valor probatorio de los instrumentos públicos y privados;³⁶ d) reglas que prohíben la prueba de testigos en ciertos casos;³⁷ e) la distinción entre presunciones legales (definidas en el art. 47) y presunciones judiciales (art. 1712); f) una disposición referida al valor probatorio de la confesión de una parte relativa a un hecho personal (art. 1713). Adicionalmente, el legislador procesal civil no contempla una regla de carga de la prueba y debe regirse por esta regla civil—extendiéndola, inclusive, más allá de la prueba de las obligaciones— a la prueba de los daños y de otra clase de hechos de relevancia jurídica. Sin una regla de carga de la prueba, un proceso judicial difícilmente podría articularse.³⁸

El Código de Procedimiento Civil, por su parte, contiene muchas más disposiciones normativas que versan sobre la prueba que regulan aspectos como los siguientes:³⁹ a) la fijación, a través de la resolución que recibe la causa a prueba, de los puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deberán probarse; b) el término probatorio; c) los “medios de prueba”. Respecto de estos últimos, las reglas hacen especial referencia a la forma y oportunidad para solicitar o practicar la prueba, al valor probatorio de cada “medio probatorio”, a la posibilidad de im-

36 El Código Orgánico de Tribunales también contempla reglas a propósito de las escrituras públicas, arts. 404 al 413.

37 Por ejemplo, “respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito” (art. 1708), debiendo constar por escrito “los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias” (art. 1709 CC).

38 Sin embargo, esto parece una exageración. Es posible pensar que, a falta de una regla jurídica general explícita, debiese pensarse en reglas de racionalidad comunicativa o reglas generales de argumentación tales como que quien afirma debe probar o que aquel cuyas afirmaciones son cuestionadas y quiera seguir manteniéndolas debe aportar respaldo a las mismas. Ello, a menos que se contemple, en el procedimiento comunicativo o judicial respectivo, una regla especial. *Vid., e.g.*, lo que sostiene la teoría de argumentación pragmatialéctica al respecto en VAN EEMERENY GROOTENDORST (1992).

39 Aunque el argumento no puede ser numérico, la regulación del CPC es, en efecto, más extensa que la del CC (Libro Segundo, Títulos IX a XI, arts. 308 al 429).

pugnar la prueba y, en un párrafo final muy sugerente, a la “apreciación comparativa de los medios de prueba” (arts. 428 y 429).⁴⁰

Ahora bien, me parece claro que es necesario abandonar esta disputa, toda vez que las reglas que existen en el ordenamiento jurídico chileno sobre prueba no se comprenden ni más ni mejor por ponerse gafas de “civilista” o de “procesalista”, o por adjudicárselas los primeros o los segundos. Aunque eso me alejaría demasiado del modesto propósito de este texto, esta disputa territorial se funda, en alguna medida, en la dicotomía entre “derecho adjetivo” y “derecho sustantivo”—la cual ha producido más perjuicios que beneficios, si es que ha traído aparejado alguno.⁴¹ Desde el procesalismo, el intento ha sido reivindicarse como una auténtica e importante área del ordenamiento jurídico, y no como una parasitaria del derecho civil o una meramente instrumental.

En tanto la mayoría de las reglas del Código Civil vinculan determinadas consecuencias a casos genéricos o *clases de hechos* (e.g. cumplimiento forzado más indemnización de perjuicios frente al incumplimiento de una obligación) y en tanto otras se ocupan de cómo debe probarse la existencia de *una instancia de esa clase de hechos*—un caso individual y concreto de incumplimiento de una obligación— el presupuesto epistemológico de estas reglas se hace patente: la necesidad de formular enunciados probados que se aproximen a cómo sucedieron los hechos

40 Sobre este último párrafo volveré más adelante. En el aún Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil de 2012, existe una amplia y más ordenada regulación de la prueba a propósito de la “audiencia de juicio”. Así, se contemplan: a) disposiciones generales acerca de la prueba (libertad y oportunidad probatoria; prueba anticipada, iniciativa probatoria; prueba no ofrecida oportunamente; contraprueba; convenciones probatorias; exclusión de prueba; prueba del derecho extranjero; carga de la prueba; valoración de la prueba (arts. 286-295); b) disposiciones sobre pruebas en particular (documentos e instrumentos; prueba testimonial; prueba pericial; declaración de las partes; inspección judicial y reproducciones de hecho; prueba por informe (arts. 296-350); c) rendición de prueba en la audiencia de juicio (art. 350).

41 Un autor que habría contribuido a acentuarla es BENTHAM en su clásica obra *Judicial Procedure*. BENTHAM (1843), por ejemplo, en capítulos III y VI. Un análisis sobre esta distinción y sobre los problemas que trae aparejada en KOCOUREK (1941) y MAIN (2010).

concretos alegados, y que constituyen una instancia de la clase de hechos regulados por la norma, es un requisito para que el juez decida aplicar al caso concreto, autoritativamente,⁴² la consecuencia jurídica prevista para aquella clase de hechos. Por otra parte, las reglas procesales sobre la prueba comparten esta misma dimensión epistémica, ya que regulan cómo se produce el conocimiento sobre hechos que han ocurrido en el pasado dentro de un proceso judicial contradictorio.⁴³

Una posible ordenación y comprensión conjunta de las reglas del CCy del CPC que versan sobre la prueba puede hacerse a partir de la distinción, propuesta por FERRER,⁴⁴ de tres momentos probatorios: inclusión probatoria, valoración de prueba y decisión sobre la suficiencia probatoria.

La *etapa de inclusión probatoria* es aquella en que, a partir de la aportación de pruebas por las partes, se conforma el conjunto de elementos de juicio con base a los cuales el juez deberá resolver. La pregunta aquí consiste en saber si existen reglas positivas, dentro de la regulación procesal civil,⁴⁵ que se refieran a este momento probatorio. Desde luego, existen algunas que versan sobre la oportunidad para ofrecerlas y rendirlas. No obstante, más interesante es preguntarse qué tipo de pruebas pueden incorporarse y si existen reglas que las limiten o excluyan. Y la respuesta sería: 1) los tipos de prueba que pueden rendirse en el proceso civil –a las que el legislador denomina “medios de prueba”– se encuentran enumeradas por el legislador;⁴⁶ 2) la resolución que recibe la causa a

42 Autoritativamente aquí quiere decir respaldada por la posibilidad de hacerlas cumplir por el aparato coactivo estatal. A esta característica de la jurisdicción se le denomina “imperio”.

43 La regla general es que se trata de inferencias sobre hechos pasados, pero el Derecho también contempla la construcción de inferencias prospectivas.

44 FERRER BELTRÁN (2007): 41 y ss.

45 Me refiero exclusivamente al procedimiento civil ordinario común para los asuntos de derecho privado que no cuenten con un procedimiento especial o con tribunales especializados.

46 Instrumentos, testigos, peritos, confesión, inspección personal del tribunal y “presunciones judiciales”.

prueba restringe la prueba que puede rendirse, en tanto fija los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos respecto de los cuales puede aportarse prueba;⁴⁷ 3) esta misma regla parece consagrar un criterio de "relevancia", es decir, las pruebas que se aporten deben estar destinadas a apoyar o refutar las hipótesis fácticas en competencia en el caso;⁴⁸ 4) las reglas que limitan el número de testigos parecen consagra un criterio, aunque limitado, para excluir pruebas redundante o sobreabundantes; 5) la regla que impide probar con testigos las obligaciones que hayan debido constar por escrito (aquellas de más de dos unidades tributarias) limita el tipo de prueba que puede rendirse respecto de aquellas o, más precisamente, es una regla que prohíbe al juez considerar prueba testimonial para dar por probada la existencia de dichas obligaciones; 6) no existen reglas explícitas que ordenen al juez excluir determinadas pruebas.⁴⁹

Con relación a esto último, se ha discutido acerca de si podría sostenerse que existe una regla de exclusión de prueba ilícita en materia procesal civil.⁵⁰ Como he dicho, no hay tal regla explícita, pese a que ha habido intentos bien de construir una regla implícita, a partir de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, bien de trasladar las reglas procesales penales de exclusión probatoria al proceso civil. En un escenario como este, y mientras no se identifiquen con claridad reglas de exclusión probatoria, es preferible, como indica LARROUCAU, maximizar el conocimiento de los hechos a través de la incorporación de toda la información, incluso si esto significa no proteger otros intereses valiosos, como el derecho a la honra y la vida privada, la integridad física y psíquica o información sensible del Estado. Dejar a la discrecionalidad del

47 La dogmática procesal nacional incluye otras clases de hechos, tales como los hechos públicos y notorios ("de pública notoriedad", art. 89 CPC) y los hechos negativos. Salvo que esta última categoría se refiera a las omisiones, se trata de una expresión bastante misteriosa, por no decir una contradicción en los términos, al igual que la solución que se da a esta dificultad probatoria: debe probarse el hecho positivo contrario.

48 LARROUCAU TORRES (2017): 167.

49 En materia penal, la regla de exclusión probatoria es el art. 276 CPP. Un análisis sobre la prueba ilícita en materia penal en HERNÁNDEZ BASUALTO (2005).

50 Entre los partidarios en Chile se encuentra FERRADA CULACIATTI (2009).

juez civil la decisión de qué pruebas excluye por infracción de garantías fundamentales, prosigue el argumento, podría conducir a la desnaturalización de la justicia civil.⁵¹ De producirse un daño o una infracción normativa con ocasión de la producción o uso de prueba en juicio, y de concurrir los requisitos de figuras delictivas civiles o penales, se originaría la responsabilidad, civil o penal, de quien las haya producido o usado.⁵²

La *etapa de valoración de la prueba* es aquella en que se aprecia la capacidad de las pruebas para corroborar uno o más enunciados sobre hechos. El valor que se asigna a cada prueba y a las pruebas en conjunto dependerá del sistema de valoración de la prueba que rija en un ordenamiento determinado. Los dos polos suelen ser el sistema de libre valoración de la prueba y el sistema de prueba legal o tasada. Si bien, según algunos, el sistema de “sana crítica” sería una variante del sistema de libre valoración de la prueba al que se agregarían criterios para limitar la actividad del juez,⁵³ tales como las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicos,⁵⁴ desde una teoría racionalista de la prueba bien puede considerarse como equivalente al sistema de libre valoración de la prueba a secas. Ello es así, desde el momento en que la libertad de valoración debe respetar, como criterios de racionalidad epistemológica, las reglas de la lógica y las generalizaciones empíricas sean estas de conocimiento común o científico. Es decir, aunque el legislador no contemple estos criterios de manera explícita, el juez se encuentra

51 LARROUCAU TORRES (2012). La lucha contra la exclusión de prueba forma parte de la tradición racionalista de la prueba, uno de cuyas figuras paradigmáticas es BENTHAM, y entre los teóricos contemporáneos, TARUFFO y FERRER. Vid. BENTHAM (1825), TARUFFO (2008 y 2010) y FERRER BELTRÁN (2007).

52 LARROUCAU TORRES (2012): 208 y ss.

53 Sobre “sana crítica”, véase MATURANA BAEZA (2014) y el libro editado por BENFELD ESCOBAR y LARROUCAU TORRES (2018) y COLOMA CORREA (2012a y 2012b). En un artículo incluido en este último libro, sostengo que la función de los criterios de la sana crítica, lejos de constituir límites “objetivos”, “son directrices o guías para el razonamiento del juez que dotan de contenido, refuerzan y/o sofistican la exigencia de fundamentación de la decisión sobre los hechos, o el deber de justificar la construcción la premisa fáctica”. CARBONELL BELLOLIO (2018).

54 Art. 297 CPP.

igualmente vinculado por ellos. El listado de reglas de la sana crítica que construye GONZÁLEZ LAGIER, formuladas en sentido amplio y entendidas como criterios de solidez de las inferencias probatorias epistemológicas, se traduce en un claro argumento en favor de la identidad entre “libre valoración” y “sana crítica”: se trata, en ambos casos, del mismo sistema para apreciar la fuerza del material probatorio.⁵⁵

Para una concepción racionalista de la prueba,⁵⁶ el único sistema razonable es la libre valoración de la prueba, es decir, uno en el que el juez sea libre de valorar la prueba con la finalidad de alcanzar o acercarse a la verdad de cómo sucedieron los hechos que se juzgan.⁵⁷ Sin embargo, libertad aquí se opone a arbitrariedad. Así, la verdad como finalidad preponderante de la actividad probatoria constituye una restricción a la arbitrariedad judicial. Es decir, la libre valoración rechaza el sistema de “íntima convicción” entendido como aquel en que es suficiente para el juez invocar que está internamente convencido de que se encuentra probada determinada hipótesis y en que no está obligado a exteriorizar las razones que lo han conducido a tal convicción. Por otra parte, anclarse en los criterios generales de racionalidad epistémica significa que no son admisibles cualquier tipo de razones para justificar que un enunciado

55 GONZÁLEZ LAGIER (2018): 6.

56 A más de TARUFFO y FERRER (cit. *supra* n. 51), en nuestra órbita cabe mencionar a Daniela ACCATINO, quien en un interesante artículo discute sobre la tradición racionalista de la prueba angloamericana y continental, para identificar las tesis que constituyen su núcleo común. Vid. ACCATINO SCAGLIOTTI (2019).

57 El sistema de libre convicción estaría fuera de los sistemas de valoración de la prueba “racionales”; no así, en mi opinión, algunos de prueba legal o tasada, cuyas reglas tienen fundamentos epistemológicos. Por ejemplo, el hecho de conceder mayor valor a los instrumentos públicos, por haber intervenido en su otorgamiento un funcionario público, no es en ningún sentido una regla exótica o irracional. Expresa, sencillamente, que el funcionario público actúa como ministro de fe, estando su conducta sujeta a las correspondientes sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones que le competen en tal calidad. Por lo demás, podría verse como una especie de presunción de integridad o veracidad de los elementos del instrumento público. Por otra parte, la regla del art. 384 N^o1 CPC simplemente expresa lo que podría ser una máxima de la experiencia: si dos testimonios cumplen con determinados requisitos, deben ser tenidos por verdaderos a menos que se presente una prueba en contrario.

fáctico es verdadero o que se encuentra probado, sino solo aquellas ajustadas a tales criterios.

Existe un relativo acuerdo en sostener que el sistema procesal civil chileno consagra un sistema de prueba legal o tasada. Sin embargo, como bien destaca GONZÁLEZ LAGIER,⁵⁸ es difícil encontrar un sistema de libre valoración ni de prueba tasada “puros”; es siempre una cuestión de grados. En realidad, se trata de un sistema de prueba tasada en la mayoría de sus reglas, pero incluye otras importantes que dejan un espacio considerable a la valoración del juez. Es por ello que se ha tildado de “sistema de prueba legal preferente”.⁵⁹ El ejemplo paradigmático de espacios de libertad en la valoración judicial de las pruebas en materia civil es la prueba pericial, que se aprecia en conformidad a la “sana crítica” (art. 425 CPC). No obstante, otras reglas suponen que es el juez quien debe apreciar los criterios prescritos por el legislador y no aplicarlos mecánicamente, como ocurre, por ejemplo, a propósito de la prueba testimonial, cuando debe considerar características tales como la fama, imparcialidad y veracidad para darle valor al testimonio (art. 384 N° 3 CPC). Por otra parte, resulta clave para morigerar la tesis de que nuestro sistema de valoración es estrictamente de prueba tasada, la regla de apreciación comparativa de los medios de prueba. Dicha regla sostiene que, cuando existen dos o más pruebas contradictorias—lo que seguramente ocurre en un elevado número de casos—y “a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad” (art. 428 CPC). Esta actúa como regla de clausura del sistema, dando claramente al juez libertad para valorar la prueba.

El juez construye su “razonamiento probatorio”⁶⁰ o el “razonamiento sobre los hechos” por medio de lo que GONZÁLEZ LAGIER, con la claridad y agudeza que le caracterizan, ha denominado “inferencias probatorias”.

58 GONZÁLEZ LAGIER (2018).

59 LARROUCAU constata que la dogmática tradicional ha advertido esta cuestión en LARROUCAU TORRES (2015b): 12 y ss.

60 Se trata de un razonamiento, la mayoría de las veces, inductivo. Aquí baste traer a colación la manera sencilla en que GONZÁLEZ LAGIER explica las formas lógicas que puede

Para este autor, una inferencia probatoria es un razonamiento que conecta la información disponible con la hipótesis fáctica o enunciado sobre hechos a probar, mediante un enlace. En sede judicial, la información disponible, denominada también “elementos de juicio”, “pruebas” o “hechos probatorios”, es aquella que se aporta en el proceso. El enlace es una regla o enunciado general que correlaciona la hipótesis a probar con la información disponible.⁶¹

Es precisamente la distinta naturaleza del enlace, al que llama también garantía,⁶² la que permite clasificar a las inferencias probatorias en epistemológicas, normativas e interpretativas, según el enlace sea empírico, normativo o conceptual. En el primer caso, el enlace es una generalización que da cuenta de una regularidad empírica, y que puede formar parte del conocimiento común (“máxima de la experiencia”) o del conocimiento científico. En el segundo caso, el enlace es una “norma”, sea una norma de presunción (legal o jurisprudencial) o una norma que asigne valor tasado a una prueba. En el tercer caso, el enlace es una regla conceptual o una definición (del legislador, de la dogmática o jurisprudencia, o de otro tipo).⁶³ Estos enlaces presentan la siguiente estructura: “Si se da el hecho p, entonces probablemente se dará el hecho q” (generalización empírica); “Si p, entonces debemos dar por probado q” (norma); “P cuenta como q” (definición).

adoptar el razonamiento probatorio: inducción: caso, resultado, regla; deducción: regla, caso, resultado; abducción: resultado, regla, caso. GONZÁLEZ LAGIER (2006): 98 y ss.

61 Todo esto es de GONZÁLEZ LAGIER (2007). Me ha parecido importante resumirlo con cierta detención, por la importancia que puedan tener estas explicaciones para favorecer el diálogo entre civilistas, procesalistas y teóricos del derecho.

62 Es la expresión de TOULMIN (“*warrant*” en inglés), y corresponde a uno de los elementos o casilleros funcionales que componen su modelo de argumentación y que permite, precisamente, el tránsito desde los “*data or grounds*” hacia la “*claim*”. TOULMIN (1958), tercer ensayo.

63 El ejemplo de GONZÁLEZ LAGIER se refiere al concepto de “causa”, y lo define así: “cuando un hecho es condición necesaria (aunque no sea necesaria y suficiente) de otro, el primero es causa del segundo”. GONZÁLEZ LAGIER (2018).

Ahora bien, no toda construcción de una inferencia probatoria implica una operación de valoración racional, sino que ello solo tiene lugar, estrictamente hablando, tratándose de inferencias probatorias empíricas o epistemológicas.⁶⁴ En el resto de los casos, el juez construye inferencias, pero el “valor” del enlace viene predeterminado por el ordenamiento jurídico (bien en forma de regla de presunción legal o jurisprudencial), o determinado por la coherencia y fuerza del esquema conceptual en el que aquellas se insertan.

Dado que las inferencias probatorias empíricas tienen prioridad lógica en el razonamiento probatorio,⁶⁵ resulta de suma importancia tener claridad sobre sus criterios de corrección o solidez, es decir, acerca del “grado en que las pruebas avalan o corroboran la hipótesis”.⁶⁶ Así, prosigue este autor, “desde el punto de vista de la argumentación, las reglas de la sana crítica pueden interpretarse como los criterios de solidez no formales de las inferencias probatorias empíricas”, referidos a las pruebas ofrecidas, a la hipótesis a probar y a las máximas de la experiencia que operan como enlace.⁶⁷

Esta forma normal y prioritaria de razonamiento probatorio epistemológico equivale a lo que el CC y CPC denominan “presunciones judiciales”, siendo ejemplos de los criterios de solidez que el mismo legislador establece la gravedad, la precisión y la concordancia (arts. 1712 CC y 426 CPC), y que LARROUCAU reconduce, agudamente, a los criterios de la sana crítica (lógica, ciencia y experiencia) en tanto parámetros externos para

64 *Ibid.*

65 La inferencia probatoria normativa requiere la prueba del hecho base, si el enlace es una norma de presunción, y la prueba del hecho base se realiza a través de una inferencia probatoria epistemológica. *Ibid.*

66 *Ibid.*

67 Estos criterios se basan en variables tales como número de elementos de juicios, fiabilidad, variedad, suficiencia, pertinencia, probabilidad, simplicidad, coherencia, no refutación. Así, se trata de una valoración de la racionalidad de la inferencia probatoria en su conjunto, no solo de la información disponible o pruebas. *Ibid.*

controlar el razonamiento probatorio de los jueces.⁶⁸ Me detendré en las “presunciones judiciales” más adelante.

La *etapa de decisión probatoria* consiste, como su nombre lo indica, en la adopción, por parte del juez, de una decisión acerca de si se encuentran o no probadas las hipótesis debatidas en el proceso. Concretamente, el juez se pregunta si es posible dar por probada la hipótesis del demandante, o las defensas del demandado que impidan dar por probada la hipótesis del demandante, a partir de la prueba rendida en el proceso. Esta decisión se adopta aplicando la regla de estándar de prueba, es decir, la regla que fija el umbral de prueba necesaria para dar por probada una hipótesis, un relato sobre los hechos, dentro del proceso.⁶⁹

La regla de estándar de prueba tiene por finalidad distribuir los riesgos de una decisión judicial errónea en cuanto a la reconstrucción de los hechos.⁷⁰ Este riesgo de error en la formulación de la premisa fáctica se distribuye simétrica o asimétricamente por parte del legislador, según si no existen o existen, respectivamente, bienes jurídicos o valores que justifiquen alterar la regla de defecto de distribución simétrica del error.⁷¹ Así, un estándar exigente que reduzca al máximo los falsos positivos —condena de inocentes—, como el “más allá de toda duda razonable”, de general aplicación en materia procesal penal, aumenta el riesgo de falsos negativos; un estándar que evita en general el error, como el de prueba preponderante, lo distribuye de manera igualitaria entre las partes.⁷²

Pese a que la regulación civil no contiene una regla de estándar de prueba,⁷³ en los escasos años que lleva esta discusión en la dogmática

68 LARROUCAU TORRES (2015): 26 y ss.

69 LARROUCAU TORRES (2012): 183.

70 ACCATINO SCAGLIOTTI (2011): 487.

71 LETELIER WARTENBERG (2018): 220 y ss.

72 LARROUCAU TORRES (2012): 789.

73 Sería un anacronismo criticarlo por ello. El legislador procesal civil de 1903 no tenía las herramientas conceptuales para formularla. En materia procesal penal, solo a partir del año 2000, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), existe un

civil nacional, parece haberse asentado que, en *materia civil patrimonial* el estándar de prueba es, o debiese ser, el de prueba preponderante. Ello parece razonable, en la medida que no se pueda justificar la alteración de la regla de defecto de la distribución simétrica del error, alteraciones que debiesen responder a la existencia de una razón para valorar de manera más negativa un falso negativo que un falso positivo.⁷⁴

Siendo la finalidad del estándar de prueba la distribución del riesgo de decisiones judiciales erróneas, este actúa, además, como guía para la argumentación judicial sobre la prueba, toda vez que el estándar le exige adoptar la decisión sobre la hipótesis fáctica que iguale o supere aquel umbral de suficiencia probatoria. Por otra parte, opera como directriz acerca de la intensidad de la actividad probatoria que las partes deben alcanzar con miras a superar el estándar y a obtener una decisión probatoria favorable.

La aplicación del estándar, es decir, la decisión sobre si se ha superado o no el umbral probatorio exigido, tiene la forma de un enunciado “está probado que p”; “no está probado que p”; “está probado que no p”.⁷⁵ Este enunciado configura la premisa fáctica, y cuya justificación externa, en la terminología de WRÓBLEWSKI, depende del razonamiento del juez sobre las pruebas en los tres momentos probatorios antes explicados.⁷⁶ Que adopte la forma “está probado que p” permite diferenciarlo del enunciado “es verdad que p”, para dar cuenta de que no es posible afirmar la premisa fáctica, en tanto conclusión del razonamiento probatorio, con absoluta certeza.

estándar de prueba, más allá de toda duda razonable (art. 340 CPP). En la teoría y dogmática civil y procesal civil nacional solo se ha comenzado a hablar de “estándar de prueba” recientemente y en los años recientes, de manera muy tímida y escasa, en la jurisprudencia. Fundamental resulta la tesis doctoral de Jorge LARROUCAU TORRES (2010), y su artículo de (2012).

74 Y que podría haberla en otras materias. Así se ha planteado en ciertos asuntos de derecho de familia, tales como causas de violencia intrafamiliar.

75 Una buena reconstrucción sobre el sentido y fuerza de los enunciados probatorios puede verse en FERRER BELTRÁN (2002): 19 y ss.

76 Sobre la premisa fáctica, *vid.* CARBONELL BELLOFIO (2015): 15-16, donde se sigue la distinción de WRÓBLEWSKI (1974).

Hay dos cuestiones que parecen relevantes acerca del estándar: en primer lugar, la posibilidad de distinguir su aplicación del momento de la valoración probatoria; en segundo lugar, la posibilidad de construir estándares objetivos y, en caso de que no sea posible, la utilidad de emplear un estándar que sea, al menos en parte, subjetivo.⁷⁷

Con respecto a la primera cuestión, y pese a que la literatura sobre teoría de la prueba suele distinguir analíticamente ambos momentos, subsiste la duda sobre si valorar la prueba y decidir sobre la prueba son dos operaciones diversas. La atribución de valor probatorio, como he dicho, depende del tipo de inferencia que el juez construya. Así, tratándose de las inferencias probatorias normativas, su valor probatorio está determinado autoritativamente (generalmente, por el legislador). Por su parte, el valor probatorio de las inferencias probatorias interpretativas puede venir del legislador (*i.e.* en caso de definición legal), pero también parece admitir un espacio para la valoración del juez cuando el enlace consista en un concepto elaborado por una determinada ciencia o arte, por la dogmática o por la jurisprudencia. En este caso, el juez debería dar razones para validar el uso de aquel concepto –tales como la coherencia de la construcción dogmática–, especialmente en presencia de disputas conceptuales. Finalmente, tratándose de inferencias probatorias epistemológicas, su valor depende de la evaluación de la inferencia a la luz de los criterios de solidez epistemológicos (*i.e.*, reglas de sana crítica en sentido amplio). Valorar en este caso, como expresa GONZÁLEZ LACIER, consiste en determinar el grado de confirmación de las inferencias probatorias epistemológicas de acuerdo a criterios de solidez epistémicos, y equivale a señalar que existen “razones epistémicas para creer que *p*”.

La decisión probatoria, por su parte, consiste en la afirmación de que la confirmación de la hipótesis *p* es o no suficiente para igualar o superar el estándar o umbral de prueba exigido, y equivale a afirmar, cuando se

77 La discusión sobre la necesidad de un estándar objetivo es nutrida. *Vid., e.g.*, LAUDAN (2005); GASCÓN (2005); BAYÓN (2008).

alcanza dicha suficiencia probatorio, que existen “razones prácticas para aceptar que *p*”.⁷⁸

Con respecto a la segunda cuestión, que sigue siendo objeto de debate, GONZÁLEZ LAGIER acierta al sostener que no parece posible formular estándares completamente objetivos, llegando incluso a dudar sobre la compatibilidad del sistema de libre valoración de la prueba con una formulación precisa de estándares de prueba. Un estándar objetivo satisfactorio debería “determinar si el “grado de confirmación” de una hipótesis es suficiente como para aceptarla, y (1) debe hacerlo sin apelar a estados mentales (sino a criterios objetivos), (2) debe ser intensionalmente preciso y (3) debe enfrentarse al problema de que “grado de confirmación” es un concepto gradual (y no cuantificable)”. Sin embargo, concluye, los requisitos (2) y (3) no son completamente “objetivables” o, en otras palabras, hay en ellos un grado de subjetividad ineliminable.⁷⁹

IV. EL ROL DE LAS PRESUNCIONES EN LA PRUEBA DE LOS HECHOS

Las presunciones tienen un rol relevante en el Derecho, particularmente en materia probatoria. No obstante, como varios autores han hecho notar,⁸⁰ el término “presunción” posee diversos usos legislativos, dogmáticos y teóricos.

El legislador civil define expresamente lo que entiende por “presunciones legales”: “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” (art. 47 CC). Esta definición legal coincide con

78 La distinción entre creer y aceptar como una útil para distinguir entre el momento de valoración (a partir de razones epistémicas) y el momento de decisión (por razones prácticas), las toma GONZÁLEZ LAGIER (2018) de MENDONCA (1998).

79 GONZÁLEZ LAGIER (2018).

80 Por ejemplo, AGUILÓ REGLA (2006); GAMA (2013, 2017); MENDONCA (1998).

aquello que comúnmente entendemos por presunción: una conjetura sobre un hecho o un estado de cosas a partir de ciertos indicios o señales.⁸¹

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, las presunciones legales son reglas prescriptivas que obligan al destinatario, en este caso al juez, a *aceptar* un resultado probatorio⁸² si concurren ciertos supuestos o condiciones, siendo indiferente si el juez tiene razones para *creer* en aquel.⁸³ En palabras de MENDONCA, se trata de “normas que imponen el deber de aceptar una proposición, siempre que otra proposición se encuentre debidamente probada”.⁸⁴

A estas “presunciones legales” les llamaré, en adelante, *reglas de presunción*.⁸⁵ Estas reglas de presunción suelen explicarse a través de ciertos elementos y formularse condicionalmente. Los elementos son tres: una afirmación base (denominada hecho base, hecho conocido, indicio o antecedente), una afirmación presumida (denominada hecho desconocido o hecho presunto) y un nexo o enlace (en este caso, el enlace es la propia norma jurídica que vincula la afirmación base con la afirmación presumida).⁸⁶ La fórmula condicional es idéntica a la que vimos para las normas de obligación, precisamente porque las reglas de presunción

81 Una definición similar, proveniente del uso común, es la que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

82 GONZÁLEZ LAGIER (2018).

83 “Algunas de estas normas exigen aceptación de un determinado resultado probatorio por razones epistémicas (nos obligan a aceptar porque hay razones para creer); otras, por razones prácticas (protección de algún bien jurídico). En los sistemas de prueba tasada, por tanto, se exige que el juez acepte los hechos probados, sin que se plantee si hay razones para creerlas.” GONZÁLEZ LAGIER (2018).

84 MENDONCA (1998): 89.

85 Pueden existir reglas de presunción establecidas jurisprudencialmente, aunque ello depende de la existencia de una regla positiva que otorgue valor a la jurisprudencia como fuente del derecho y/o de que la práctica jurídica lo haga. GONZÁLEZ LAGIER incluye estas reglas de presunción jurisprudenciales en aquellas que sirven de enlace de una inferencia probatoria normativa, y los ejemplos que da son de la jurisprudencia española. GONZÁLEZ LAGIER (2014): 87.

86 Afirmación base y presumida son expresiones de MENDONCA (1998): 92, para establecer la fórmula de presunción.

son normas de obligación: “Si p, entonces Oq”, o lo que es lo mismo: “Si está probado p, entonces es obligatorio presumir q”; “Dado p, entonces debe presumirse q”. Un ejemplo sería el art. 700, inciso 2° del CC, que establece una presunción de dominio en favor de quien es poseedor, que podría formularse así: “Si está probado que es poseedor, entonces es obligatorio presumir que es dueño”. Para acreditar la posesión, deberá probarse la concurrencia de sus elementos: tenencia y ánimo de señor y dueño.

Estas reglas de presunción son condicionales en el sentido que su aplicación —esto es, la atribución del efecto jurídico consistente en dar por probado un enunciado fáctico— presupone la prueba de la afirmación del hecho base o probatorio. Dentro de estas reglas de presunción se distinguen las presunciones *iuris et de iure* (absolutas o de derecho) y las presunciones *iuris tantum* (relativas o simplemente legales), diferenciándose unas de las otras en que las primeras “no admiten prueba en contrario”, mientras que las segundas sí “admiten prueba en contrario”. Sin embargo, esta terminología puede inducir a un error: en ambos casos, puede no operar el efecto jurídico de dar por probado el enunciado acerca del hecho desconocido. Por una parte, se puede producir, en terminología de MENDONCA, el *bloqueo de la presunción*, en los casos en que frente a la regla “Dado p, se presumirá que q” no haya prueba de p en el caso concreto, o se niega que p en el caso concreto. Aquí, por tanto, se produce el bloqueo de la afirmación —o “hecho”— base, lo cual puede producirse tanto respecto de las presunciones *iuris et de iure* como de las *iuris tantum*. Por otra parte, se puede producir, siempre en terminología de MENDONCA, la *destrucción de la presunción*, en los casos en que frente a la regla “Dado p, se presumirá que q”, se pruebe la negación de q en el caso concreto, es decir, por prueba en contrario del hecho presumido, con lo que pierde fuerza el enlace. Estos son casos de *derrotabilidad* de la presunción, en el sentido de que no se producirá el efecto de dar por probado el hecho presumido, lo cual solo puede ocurrir respecto de las presunciones *iuris tantum*. La expresión “no admiten prueba en contrario” en la definición de las presunciones *iuris et de iure* significa que a su respecto no se puede atacar el enlace, como tampoco se puede probar la inexistencia del hecho presumido.

Me interesa diferenciar aquí estas reglas de presunción que, en tanto normas, sirven de enlace de las inferencias probatorias normativas,⁸⁷ de otros dos usos de la expresión “presunción” en el Derecho: las denominadas “presunciones incondicionales o categóricas” y las “presunciones judiciales”.

Las presunciones incondicionales, categóricas o aparentes—también denominadas “verdades interinas” o normas presunción-principio—⁸⁸“establecen deberes o mandatos incondicionados, no sometidos a condición alguna”. Es decir, en estos casos, no debe probarse nada para “presumir” un estado de cosas o situación jurídica; el legislador simplemente prescribe que debe darse por establecido un estado de cosas. El ejemplo paradigmático es la presunción de inocencia en materia penal⁸⁹. En materia civil,

87 *Vid. supra* p.11.

88 AGUILÓ, siguiendo a VON WRIGHT, les denomina norma de presunción-principio. AGUILÓ REGLA (2006): 23. También podría argumentarse, desde otra perspectiva y no de una referida a su carácter o no de presunción, que se trata de un principio (que informa todo el sistema procesal penal), según la caracterización de ALEXY o DWORKIN. ALEXY (2002): 86 y ss.; DWORKIN (1967): 23 y ss. No obstante, bien podría argumentarse que, desde la categoría de ALEXY, esto sería una regla: o se presume inocente y se cumple con el deber impuesto por la regla, o no se presume inocente y se incumple con aquel deber. La inocencia, en este sentido, no es una cuestión de grados ni manda un cumplimiento en la mayor medida de lo posible (como se seguiría de la noción de principios como mandatos de optimización). Desde otra perspectiva, la presunción de inocencia como norma que informa el sistema de justicia penal, puede tildarse de “principio”.

89 La presunción de inocencia se encuentra consagrada en el artículo 4 del CPP, que prescribe: “Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”. Se trata de una norma jurídica muy estudiada y respecto de la cual existen excelentes trabajos. Baste decir aquí que, en realidad, la presunción de inocencia no comparte los rasgos de las reglas de presunción, en especial, no tiene una estructura condicional, lo que se traduce en que no hay afirmación de hecho base que probar. El estado “inocente” solo puede ser desvirtuado cuando una sentencia firme declare al sujeto culpable. La prueba se rinde, por tanto, para revertir el estado de inocente. Con relación a los fundamentos de esta norma, GASCÓN indica que, tratándose de las tesis fácticas en que se funda la decisión de condena, la presunción de inocencia es garantía de verdad, mientras que tratándose de las tesis fácticas en que se funda la decisión de absolución, la presunción de inocencia es garantía de libertad (GASCÓN (2004): 142-144). Este planteamiento es un punto medio entre quienes sostienen que el

un ejemplo sería la presunción de buena fe en materia posesoria.⁹⁰ De acuerdo al art. 707 del CC: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”. Esta norma obliga al juez a tener por “probado” el estado de cosas al que se denomina “buena fe” de forma incondicional, es decir, sin exigir prueba de ninguna situación o hecho, a menos que la ley presuma excepcionalmente la mala fe en determinadas circunstancias. Refuerza esta norma el inciso segundo, que prescribe “En todos los otros la mala fe deberá probarse”; es decir, la prueba se rinde para desvirtuar el estado “buena fe”, o más precisamente, para probar el estado “mala fe”. Este tipo de normas solo tiene en común con las reglas de presunción el hecho de que ambas producen un efecto en materia probatoria, pero difiere tanto en su estructura condicional como en la manera en que operan.

Si se hace un veloz paralelismo entre el rol que cumple la presunción de inocencia en el derecho procesal penal y la buena fe en el derecho civil, se advierte que el calificativo normas de presunción-principio revela apropiadamente el rasgo de normas de un alto grado de generalidad, sin condición de aplicación, que orientan una determinada área del derecho, y cuyo desplazamiento exige prueba del estado de cosas que le es opuesto (culpabilidad y mala fe, respectivamente). Por tanto, quizás sea preferible denominar este tipo de normas con la expresión “*principios*”, entendiéndolo por tales las normas de mayor generalidad y abstracción que las llamadas “reglas”, que carecen de una condición de aplicación⁹¹ y que son derrotables.⁹²

fundamento de esta norma es exclusivamente la verdad (ANDRÉS IBÁÑEZ (1994)) y quienes indican que no tiene fundamento epistémico, sino uno práctico, que consiste en evitar el resultado indeseable de la condena de inocentes (ATIENZA (1994): 84). Por otra parte, lo más relevante parecen ser las funciones que la “presunción de inocencia” tiene en el ámbito probatorio: opera como regla de trato, regla de prueba y regla de juicio. *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ (2005), GONZÁLEZ LAGIER (2015); VALENZUELA SALDÍAS (2013).

90 ACUILÓ REGLA (2006): 21-22.

91 CARBONELL BELLOLIO y LETELIER WARTENBERG (2011).

92 Es decir, sin traer a colación el aparato teórico de DWORKIN y ALEXY, ni las consecuencias en materia de interpretación y antinomias que estos autores deducen de una distinción fuerte entre reglas y principios. *Vid.* referencias *supra* n. 88.

Lo que el legislador y los juristas denominan “presunciones judiciales” (llamadas también “presunciones simples”) no son, estrictamente hablando, ni una regla de presunción ni un medio de prueba, sino que constituyen el modo natural de razonar del juez, que consiste en construir inferencias probatorias epistemológicas. En otras palabras, se trata de la operación que realiza el juez para extraer, a partir de pruebas que permiten dar por probado un enunciado fáctico (en el lenguaje de los juristas, a partir de “hechos conocidos”), conclusiones acerca de la efectividad del hecho desconocido que intenta probarse. La conexión entre ambos enunciados (aquel sobre hechos desconocidos y aquel sobre hechos conocidos) se realiza asumiendo una máxima de la experiencia, sólida en opinión del juez que la invoca, que muestra que esos hechos se encuentran conectados empíricamente. Sería preferible, por tanto, llamar *inferencias probatorias epistemológicas* a las presunciones judiciales.

Reglas de presunción (legales o jurisprudenciales; y dentro de las legales, *iuris tantum* e *iuris et de iure*), inferencias probatorias epistemológicas y principios son categorías que abarcan los distintos usos de la expresión “presunción” en el Derecho (civil y procesal). Estos usos tienen en común la producción de algún efecto en materia de prueba. Las categorías, por su parte, tienen la ventaja de permitir visibilizar las operaciones que debe llevar a cabo el juez en cada caso y su efecto en materia probatoria.

Sobre los efectos que producen las reglas de presunción y los principios en materia probatoria, lo primero que hay que señalar es que no siempre invierten la carga de la prueba ni tampoco exoneran de prueba. Ambas afirmaciones, incorrectas como puede inferirse de lo dicho hasta aquí, son de común mención entre los juristas. Como ya se ha dicho, las reglas de presunción legal no exoneran de prueba, toda vez que el hecho base debe probarse. Por otra parte, un principio como el de buena fe “exonera” de prueba a quien se beneficia del mismo, en el sentido de que nada debe probar para que el de buena fe sea el estado por defecto; solo deberá rendir prueba quien pretenda derrotarlo, debiendo, en este caso, probarse la mala fe.

Para saber si se invierte la carga de la prueba por empleo de una regla de presunción o de un principio en el razonamiento probatorio judicial habrá que analizar la norma específica. Pese a que existen diversos

criterios de atribución de la carga de la prueba, es posible formular la regla general de carga de la prueba de la siguiente manera: corresponde probar un enunciado sobre un hecho a quien lo afirma:⁹³ a quien afirma la existencia de una obligación; a quien alega que dicha obligación se ha extinguido, deduciendo la correspondiente excepción. La afirmación, por cierto, siempre se realiza teniendo a la vista la obtención del efecto que una norma jurídica atribuye a un hecho genérico del cual el hecho invocado (*i.e.* existencia o extinción de una obligación) constituye una instancia. Parece claro, entonces, que la posición procesal de demandante o demandado no determina quién debe probar, sino que ello depende “de la naturaleza del hecho o acto que se sostenga como acaecido”⁹⁴ y de si existe o no alguna norma que altere la regla de carga de la prueba.

Por tanto, se invierte la carga de la prueba cuando una regla o un principio sitúa, en la parte contraria a quien afirma, la necesidad de probar un enunciado sobre un hecho para que se produzca un determinado efecto jurídico. Un caso pareciese ser el siguiente: si alguien alega que la contraria ha actuado sin la diligencia o cuidado debido (es decir, con culpa), la prueba corresponde a esta última, es decir, a quien ha debido emplear la diligencia o cuidado (art. 1547 inc. 3 CC). Esta inversión, sin embargo, no se da respecto de todas las situaciones: si una parte alega

93 *Vid. supra* texto asociado a n. 38. Como bien consigna el profesor PEÑAILILLO, se han propuesto diversos criterios para determinar la “carga de la prueba”: el de alteración de la normalidad, el de la naturaleza de los hechos y el del efecto jurídico que se persigue. El criterio que parece más difundido es el de la alteración de la normalidad, que consiste en que “aquel que afirma un hecho o acto que es distinto de lo que puede estimarse como el estado normal de las cosas, debe probarlo”. El criterio de la naturaleza de los hechos que deben probarse distingue entre hechos constitutivos, por una parte, y hechos impeditivos, modificativos y extintivos, por otra. Son hechos constitutivos “aquellos que configuran una situación jurídica; es decir, los que le dan existencia y validez”; impeditivos los que obstaculizan la existencia o validez de la situación jurídica; modificativos los que alteran su contenido o efecto; y extintivos, por último, los que hacen desaparecer sus efectos. PEÑAILILLO ARÉVALO (1989): 53. La regla sería que al demandante le corresponde probar los hechos constitutivos que sirven de fundamento a su pretensión y al demandado los impeditivos, modificativos o extintivos. Un último criterio consiste en que corresponde probar los hechos que sirven de antecedente a la norma cuyo efecto jurídico se persigue.

94 PEÑAILILLO ARÉVALO (1989): 11.

que ha sido diligente, le correspondería, aún en ausencia del 1547 inc. 3, probar su diligencia de acuerdo a la regla general “quien afirma debe probar”. Otras reglas de presunción reiteran el contenido de la regla general de la carga de la prueba, como sucede con la segunda parte de ese mismo inciso 3 del art. 1547 CC, el cual prescribe que “la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Otra cuestión relevante es la relación entre las reglas de presunción y la verdad. En un primer nivel de análisis, las reglas de presunción, al obligar a dar por probado un hecho respecto del cual no ha habido prueba (el hecho presunto), sustraen ese hecho del ámbito de la prueba en el proceso; es decir, no permiten comprobar que los enunciados sobre ese hecho son verdaderos. En este sentido, hay autores que han planteado que las presunciones simplemente no tienen relación alguna con la verdad. Sin embargo, ya hemos señalado que las reglas de presunción no exoneran de prueba: debe probarse el hecho base, siendo ello compatible con los fines epistémicos que pueden ser atribuidos al proceso.

Por otra parte, algunas reglas de presunción tienen claramente un fundamento epistemológico, es decir, se basan en la observación de una asociación más o menos regular entre los hechos, en una regularidad empírica. Así, por ejemplo, el art. 76 del CC⁹⁵ establece la presunción de la época de la concepción a partir de la época del nacimiento. Bien puede decirse que esta presunción se funda en una generalización a partir de la observación de una regularidad empírica (sea ella común o científica) disponible al momento de promulgación del CC, que indica que entre la concepción y el nacimiento no pueden mediar menos de 180 días ni más de 300. Cosa distinta es la evaluación que merezca que esta regla adopte la forma de presunción *iuris et de iure* y que, con el conocimiento científico actual, ella sea derrotable y pueda resultar, en un determinado caso, contraria a la verdad.

95 Art. 76 CC: De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento

Lo propio podría decirse del art. 184 del CC⁹⁶. La presunción de paternidad –cuya aplicación requiere la prueba del matrimonio y del nacimiento– bien podría tener como fundamento una máxima de la experiencia que indicaría que generalmente los cónyuges cohabitan, y que habitualmente, se entiende que los hijos nacidos de esa cohabitación son hijos del marido. La finalidad podría, sin embargo, no ser (solo) epistémica, sino que la protección de algún otro valor, como el orden familia, o la protección de los hijos, como suele aducirse respecto de esta regla por la dogmática civil.

Frente a situaciones en que no existen todos los elementos de juicio o hay incertidumbre acerca de si algo ha ocurrido o no, el legislador también hace uso de reglas de presunción. Ejemplo de ello es la presunción de muerte por desaparecimiento del art. 80 CC.⁹⁷ El fundamento epistemológico de la misma podría ser una máxima según la cual las personas que desaparecen por largo período de tiempo sin dar ningún tipo de noticias

96 Art. 184 CC: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.

No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido.

Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretada la separación judicial, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII.

97 Art. 80. "Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse".

Tampoco hay exoneración de prueba en este caso, según se colige de las reglas que siguen a esta disposición. Así, la parte que alega la presunción debe acreditar: que se ignora el paradero del desaparecido; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo; que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años; que tiene interés en la declaración; que se ha citado al desaparecido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de dos meses entre cada dos citaciones; las otras pruebas que el juez estime.

se encuentran muertas. La finalidad de esta regla, suele afirmarse, es proteger los derechos sucesorios y la libre circulación de los bienes, a la vez que estabilizar las relaciones patrimoniales, contribuyendo así con el valor de la seguridad jurídica.

Ahora bien, tal como sostiene GAMA,⁹⁸ el legislador puede perseguir múltiples finalidades al establecer presunciones legales y una misma presunción puede, además, tener más de una: corregir un desequilibrio entre las partes; facilitar la aplicación de las normas en supuestos en los que la prueba resulta difícil o imposible; consignar que una cierta situación corresponde a lo que normalmente, o con mayor probabilidad, sucede (fundándose la presunción en una máxima de la experiencia); garantizar el reconocimiento de derechos o situaciones valiosas para la vida social o institucional (tales como la protección de los intereses del niño concebido en el matrimonio o la estabilidad de relaciones contractuales. En igual sentido se pronuncia AGUILÓ cuando distingue diversos tipos de razones que subyacen a las reglas de presunción fijadas por el legislador.⁹⁹ Finalmente, GASCÓN,¹⁰⁰ siguiendo a WRÓBLEWSKI, distingue entre dos tipos de valores perseguidos por las reglas de presunción: a) técnicos, que se refieren a la eficacia en la administración de justicia (los conflictos deben ser resueltos y dado que la prueba puede resultar difícil, el legislador la facilita, imponiendo normativamente que una situación

98 GAMA (2013): 81.

99 AGUILÓ REGLA (2006): 18 y 19: 1) las hay "vinculadas con la probabilidad de la verdad del hecho presunto", es decir, se trata de una generalización empírica, un "es presumible teórico" aceptado por el legislador; 2) otras tienen por objeto facilitar la prueba, o "restablecer un equilibrio probatorio entre partes en conflicto dada la diferente dificultad de prueba" de los hechos relevantes; 3) un tercer tipo de razones son valorativas, por ejemplo, basadas en una concepción garantista: "dada la gravedad de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse para una de las partes se establece una verdad procesal y se vuelca sobre la otra parte toda la carga de la prueba", como sería el caso de la presunción de inocencia o de la buena fe en la posesión; 4) otras se vinculan "con la función de estabilización de expectativas y situaciones que pretenden cumplir las instituciones", como lo sería el establecimiento de la "normalidad" institucional que habría tras la presunción de constitucionalidad de las leyes, la presunción de legalidad de los actos de la administración, etcétera.

100 GASCÓN (2004): 139-140.

se considere verdadera a menos que se demuestre lo contrario); b) ideológicos, que son aquellos que justifican la introducción de la desigualdad que se genera al regular la carga de la prueba.

La regulación procesal civil también incorpora algunas reglas de presunción, tales como la de los arts.135¹⁰¹ y 427 del CPC. Esta última disposición establece una presunción *iuris tantum* de veracidad en favor de “los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente”, al igual que de “los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes”. La primera regla de presunción, en tanto, tiene su fundamento, posiblemente, en exonerar de la prueba de la condición de pobreza a los sujetos privados de libertad por razones de economía en la implementación de este mecanismo.

CONCLUSIONES

El debate sobre los fundamentos filosóficos del derecho civil se vincula, en una arista importante, con sus bases epistemológicas y, más concretamente, con cómo se produce el conocimiento de los hechos que constituyen una instancia de la clase de hechos que constituyen la condición de aplicación de la norma. Es el derecho procesal el que regula la forma en que se produce ese conocimiento en el contexto de un juicio—momento en que se hace notablemente relevante la determinación o reconstrucción de los hechos— a través de reglas referidas a la incorporación, valoración y decisión sobre la prueba. Solo si es posible demostrar que un determinado enunciado que se refiere a un caso individual se encuentra probado y si el juez decide, a partir de la prueba rendida, que aquel se encuentra probado, podrá ordenar que se ejecute la consecuencia jurídica contemplada por la norma aplicable. Resulta natural, por tanto, que para ambas ramas, la pregunta por la prueba de los hechos resulte fundamental.

101 Art. 135 CPC: Se estimará como presunción legal de pobreza la circunstancia de encontrarse preso el que solicita el privilegio, sea por sentencia condenatoria, sea durante la substanciación del juicio criminal.

Para dicha prueba, junto con la actividad probatoria de las partes, es esencial el razonamiento probatorio judicial, que se construye a través de cadenas de inferencias de distinto tipo. Las inferencias probatorias epistemológicas constituyen el modo básico de razonar de los jueces, y se corresponde con lo que en nuestra cultura jurídica se denomina “presunciones judiciales”. Las inferencias probatorias normativas requieren una norma general que funja como enlace, norma que se corresponde con lo que he denominado reglas de presunción (*iuris tantum e iuris et de iure*). Estas reglas de presunción tienen un lugar particularmente relevante en el razonamiento probatorio y un efecto importante en facilitar, en algunos escenarios, la prueba de los hechos. Son reglas de obligación, establecidas generalmente por el legislador, que producen un efecto directo en materia probatoria: obligan a dar un hecho desconocido como probado una vez probado un hecho base. En alguna medida las presunciones muestran la relación entre el derecho y su necesidad de realización: el Derecho tiene lugar aún en casos de desconocimiento de algunos hechos.

Desde un ángulo diverso, la pretendida demarcación conceptual entre derecho procesal adjetivo y derecho civil sustantivo tiende a colapsar, en tanto los derechos subjetivos reconocidos por el legislador no se entienden sin la posibilidad de activar su protección jurisdiccional. Que no haya derecho sin acción reconduce igualmente la discusión al terreno de la prueba de la existencia del derecho u obligación y/o de su vulneración o incumplimiento en el contexto de un proceso judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2003). "La Fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de las judicatura moderna?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 15, pp. 9-35.
- (2006). "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico", *Revista de Derecho*, Vol. 19, N° 2, pp. 9-26.
- (2009). "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32, pp. 347-362.
- (2011). "Certezas, Dudas y propuestas, en torno al estándar de la prueba penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 37, pp. 483-511.
- (2014). "Atomismo y holismo en la decisión probatoria", *Isonomía*, N° 40, pp. 17-59.
- (2019). "Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?", manuscrito proporcionado por la autora y en prensa.
- AGUILÓ REGLA, Joseph (2006). "Presunciones, verdad y normas procesales", *Isegoría*, N° 35, pp. 9-31.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (1991). *Análisis lógico y derecho*. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. 2da. ed. (Buenos Aires, Astrea).
- ALEX, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ALLEN, Ronald y PARDO, Michael (2003). "The Myth of the Law-Fact Distinction", *Northwestern University School of Law*, Vol. 97, N° 4, pp. 1769-1808.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1994). "De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza", *Jueces para la democracia*, N° 22, pp. 87-92.
- ATIENZA, Manuel (1994). "Sobre la argumentación en materia de hechos: Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez", *Jueces para la democracia*, N° 22, pp. 82-86.
- ATRIA LEMAITRÉ, Fernando (2003). "Ubi Ius, Ibi Remedium? La relevancia jurídica de los derechos humanos", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, pp. 35-47.
- (2017a). "El sistema de acciones reales, parte especial: acción reivindicatoria, publiciana y del art. 915", *Ius et Praxis*, Vol. 23, N° 2, pp. 147-212.
- (2017b). "El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario", *Revista de Derecho*, Vol. 30, N° 2, pp. 57-86.
- (2018). "El sistema de acciones reales, parte especial: Los interdictos posesorios", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30, pp. 9-54.
- BAYÓN, Juan Carlos (2008). "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", *Analisi e Diritto*, pp. 15-34.
- BENFELD ESCOBAR, Johann y LARROUCAU TORRES, Jorge (eds.) (2018). *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BENTHAM, Jeremy (1825). *Tratado de las pruebas judiciales* (Paris, Bossange Frères).
- (1843), *The Works of Jeremy Bentham, Vol. 2 (Judicial Procedure, Anarchical Fallacies, Works on Taxation)*, John Bowring (ed.) (Edinburgh, William Tait).
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2015). "Sobre la idea de decisión judicial correcta", *Analisi e Diritto*, pp. 11-46.
- (2018). "Sana crítica y razonamiento judicial", en BENFELD ESCOBAR, Johann y LARROUCAU TORRES, Jorge (eds.), *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 35-47.

CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl (2011). "Principios Jurídicos e interpretación democrática del derecho", en CARBONELL BELLOLIO, Flavia; LETELIER WARTENBERG, Raúl y COLOMA CORREA, Rodrigo (coords.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago de Chile, Legal Publishing), pp. 155-183.

COLOMA CORREA, Rodrigo (2011). "Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales", en ARENA, Federico y BRUNET, Pierre (coords.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit: actas de las Journées Latines de Théorie Analytique du droit* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons), pp. 75-98.

——— (2012a). "¿Realmente importa la sana crítica?", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 3, pp. 753-781.

——— (2012b). "La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica", *Revista de Derecho*, Vol. 25, N° 2, pp. 207-228.

——— (2017a). "Bases de un modelo conceptual para decidir hechos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 40, pp. 69-92.

——— (2017b). "Conceptos y razonamientos probatorios", *Revista de Derecho*, Vol. 30, N° 2, pp. 31-56.

COUTURE, Eduardo (2010). *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ta. ed. (Montevideo, BdeF).

DWORKIN, Ronald (1967). "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, N° 1, pp. 14-46.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2005). *Prueba y presunción de inocencia* (Madrid, Iustel).

FERRADA CULACIATTI, Francisco (2009). La prueba ilícita en sede civil, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

FERRER BELTRÁN, Jordi (2002). *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).

- (2007). *La valoración racional de la prueba* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- GAMA, Raymundo (2013). "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 19, pp. 65-89.
- (2017). "The Nature and the Place of Presumptions in Law and Legal Argumentation", *Argumentation*, Vol. 31, N° 3, pp. 555-572.
- GASCÓN, Marina (2004). *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- (2005). "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, pp. 127-139.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003). "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)", *Jueces para la democracia*, N° 46, pp. 17-26.
- (2006). "Argumentación y prueba judicial", en VV.AA., *Estudios sobre la prueba* (Ciudad de México, UNAM), pp. 89-134.
- (2007). "Hechos y conceptos", *Doxa: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 15.
- (2014). "Presunción de inocencia, verdad y objetividad", en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y BONORINO, Pablo (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho. Debates sobre abducción* (Granada, Comares), pp. 85-117.
- (2018). "¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba", Disponible en https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba [Fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- GUASTINI, Riccardo (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (trad. Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa).

- (2011). “Disposición vs. norma”, en POZZOLO, Susana y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma* (trad. Mar Fernández Pérez y Alberto Puppo, Lima, Palestra), pp. 133-156.
- (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos* (trad. César E. Moreno More y Luis Cárdenas Rodríguez, Lima, Raguel).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013). *Derecho privado romano*, Tomo I (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- HAACK, Susan (2014). *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- HART, Herbert L. A. (1997). *The Concept of Law*, 2da. ed. (Oxford, Oxford University Press).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2005). *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, 2da. reimpresión (Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado).
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- HOHFELD, Wesley N. (2004). *Conceptos jurídicos fundamentales* (trad. Genaro R. Carrió, Ciudad de México, Fontamara).
- KELSEN, Hans (1983). *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo, Ciudad de México, UNAM).
- KOCOUREK, Albert (1941). “Substance and Procedure”, *Fordham Law Review*, Vol. 10, N° 2, pp.157-186.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2010). La prueba en el proceso civil: un examen de sus dimensiones epistémica y normativa en la imputación de responsabilidad por culpa. Tesis para optar al grado de doctor en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- (2012). “Por un estándar amplio de admisibilidad de las pruebas en la justicia civil”, *Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Tomo IV, Derecho Procesal, Derecho Penal (Valparaíso, Edeval), pp.185-218.

- (2015a). “Acciones reales y estándares de prueba”, *Ius et Praxis*, Vol. 21, N° 2, pp. 109-160.
- (2015b). “Sana crítica y presunción judicial”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 83, pp. 7-36.
- (2017). “Razonamiento hermenéutico y ‘hechos sustanciales controvertidos’”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N° 1, pp. 159-183.
- LAUDAN, Larry (2005). “¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, pp. 95-113.
- (2006). *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology* (Cambridge, Cambridge University Press).
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018). “El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 31, N° 1, pp. 209-229.
- MAIN, Thomas (2010). “The Procedural Foundation of Substantive Law”, *Washington University Law Review*, Vol. 87, N° 4, pp. 801-841.
- MATURANA BAEZA, Javier (2014). *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- MENDONCA, Daniel (1998). “Presunciones”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21-I, pp. 83-98.
- MORESO, José J. y VILAJOSANA, Josep M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- PAPAYANNIS, Diego M. y PEREIRA FREDES, Esteban (2018). “Introducción: sobre la filosofía del derecho privado”, en PAPAYANNIS, Diego M. y PEREIRA FREDES, Esteban (eds.), *Filosofía del derecho privado* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons), pp. 15-42.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1989). *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- PUTNAM, Hilary (2002). *The Collapse of the Fact/value Dichotomy and Other Essays* (Cambridge, Mass., Harvard University Press)

- PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen (2008). *Normas y valores* (trad. Jesús Vega Encabo y Francisco Javier Gil Martín, Madrid, Trotta).
- RAZ, Joseph (1986). *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Ciudad de México, UNAM).
- SEARLE, John (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language* (Oxford, Alden & Mowbray).
- SEARLE, John (1995). *The Construction of Social Reality* (New York, The Free Press).
- STEIN, Alex (2005). *Foundations of Evidence Law* (Oxford, Oxford University Press).
- TARUFFO, Michele (2008). *La prueba* (trad. Laura Manrique y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (trad. Daniela Accatino, Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- TOULMIN, Stephen (1958). *The Uses of Argument* (Cambridge, Cambridge University Press).
- VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan (2013). "Inocencia y razonamiento probatorio", *Revista de Estudios de la Justicia*, N°18, pp. 13-23.
- (2017). *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno* (Santiago de Chile, Rubicón Editores).
- VAN EEMEREN, Frans y GROOTENDORST, Rob (1992). *Argumentation, Communication and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective* (New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates).
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2006). *Teoría general del acto jurídico*, 5ta. ed. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- VON WRIGHT, George H. (1970). *Norma y acción: una investigación lógica* (trad. Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1974). "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, pp. 33-46.

——— (2001). *Sentido y hecho en el derecho* (trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Ciudad de México, Fontamara).

NORMAS CITADAS

Código Orgánico de Tribunales de Chile.

Código de Procedimiento Civil de Chile.

Código Procesal Penal de Chile.

Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, Mensaje N° 432-359, 12 de marzo de 2012. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf>