

ONUS PROBANDI: LA FORMACIÓN DEL ARTÍCULO 1.698 DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

Patricio-Ignacio Carvajal* **

El artículo 1.698 inciso primero del Código Civil de Chile señala: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Ya he dedicado otro estudio¹ a su tradición romanista, el cual sirve de base al que ahora presento como merecido homenaje para mi colega y amigo, Prof. Laurens Winkel, con ocasión de su jubilación. Sin embargo, me parece útil retornar sobre algunas precisiones relativas a la manera en que se llegó a la formulación literal de este artículo 1.698. Este ejercicio no es meramente académico, sino que entraña también un interés práctico. En efecto, el *Artículo final*² del mismo Código Civil de Bello, declara vigente todo el derecho preexistente (histórico) sobre prueba de las obligaciones, siempre que dichas normas anteriores no sean “contrarias a las disposiciones de este Código”; y habida cuenta de que los antecedentes históricos de un artículo por definición no podrían oponerse al texto legal que sustentan, entonces todas las fuentes del artículo 1.698 son derecho vigente y, por tanto, aplicable. De ahí el especial interés de la cuestión.

Como se sabe, la sustancia de la norma codificada tiene como precedente el conocido texto de Paulo, 69 *ad Ed.*, D. 22.3.2: “(e)i incumbit probatio qui dicit, non qui negat”. Pero es especialmente importante considerar también otros textos, todos vinculados a la materia del mutuo, en que dicha regla encontró de una u otra forma aplicación. En especial, se debe tener a la vista el rescripto emitido por Septimio Severo y Antonino Magno Caracalla (a. 196), C. 4.19.1, que a todas luces sirvió de modelo literal al artículo 1.698 del Código Civil.

C. 4.19.1: *Tal como el acreedor se obliga a acreditar el dinero entregado que pide, así a la inversa el deudor, que lo afirma pagado, debe prestar prueba de este asunto*³.

Art. 1.698: *Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.*

1 Carvajal, P. I. (2012): *Non liquet! Facilidad Probatoria en el Proyecto de un Nuevo Código Procesal Civil*, Revista Chilena de Derecho 39.3: pp. 565-604.

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

3 “*Ut creditor; qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur; ita rursum debitor; qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare deberet*”.

* Profesor, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Este artículo forma parte del Proyecto Anillo-CONICYT, código SOC 1111.

La adopción de este modelo de C. 4.19.1 se encauza a través de dos vertientes históricas. La primera es el trabajo de los juristas del área francesa, quienes, sin quebrar el hilo de continuidad, terminaron por dar una formulación concisa y sintética de las nociones que habían recibido de sus antecesores medievales sobre la regla paulina y los demás textos del *Corpus Iuris*. La norma resultante de este proceso fue el artículo 1.315 del *Code Napoléon*. Pero la historia de las fuentes de nuestro artículo 1.698 no termina aquí, pues la redacción de ambos preceptos legales no es idéntica. Lo anterior se explica por la intermediación de Florencio García Goyena, quien constituye la segunda vertiente histórica de las fuentes del artículo 1.698 del Código Civil de Chile. Si bien García Goyena tuvo a la vista la norma del código francés, la redactó con cierta libertad atendiendo también a la recepción hispánica del *ius commune* a través de las Siete Partidas y, en consecuencia, a la propia tradición romanista.

1. Bajo el orden de ideas ya expuesto, la aproximación hacia la norma del artículo 1.698 del Código Civil de Chile debe comenzar a través del trabajo de los juristas franceses. En particular por Cuyacio (1522-1590), quien comentó el texto de Paulo, 69 *ad Ed.*, D. 22.3.2, por primera vez, de la siguiente manera:

... *Indistintamente di, 'al que dice', 'al que afirma'. En consecuencia, bien sea el actor, bien sea el demandado: pues también el demandado, 'que dice', debe probar una vez opuesta la excepción ... La negación no es una excepción: y por tanto de la mera negación, la cual se entiende que no tiene la misma fuerza que una afirmación, no hay ninguna prueba, C. 4.19.8 y 23; y C. 4.30.10⁴.*

Y añadió más tarde:

'Al que dice': esto es, quien afirma. 'No al que niega': esto es, quien hace inficiatio, quien niega absolutamente. Pues quien niega, incluso si quiere probar, no puede, C. 4.30.10, Cicerón, De partitione oratoria 104: 'de nada de esto, puesto que niega el hecho, o puede, o debe, o suele dar prueba', lo mismo en Antonio [Faber, 1557-1624]⁵. / En la Glosa 'Pero para que veas esto plenamente, y di que es triple'). Aquí se estatuye todo el asunto... En verdad, las inficiaciones por la naturaleza de las cosas no pueden probarse, como si el acusado de homicidio, niega. Por lo tanto, quien niega, esto es quien hace inficiatio, aquél niega absolutamente⁶.

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

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

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

Para Cuyacio, la máxima de Paulo se estructura en el eje afirmación-*infitatio*. Y aflora con claridad que el mutuo, aquí según C. 4.30.10, es su paradigma en materia civil. Si bien ambos elementos, la regla del *onus probandi* y su aplicación al mutuo, ya se encuentran en las obras medievales⁷, a partir de ahora quedaron fijados para la posteridad del contenido de esta regla, gracias a la inmensa autoridad del humanista.

Así, sobre esta base, el texto romano sobre la carga de la prueba en el mutuo de C. 4.19.1, va a cobrar entonces una importancia fundamental, dada su redacción breve y expresiva, como modelo o tipo en el tratamiento del *onus probandi*. De ello, da cuenta muy exactamente Donelo (1527-1591), al poner nuestro texto de C. 4.19.1 en relación con la regla paulina:

(c)uando se pregunta en juicio: quién deba probar, o a quién incumba o la prueba, o la carga de la prueba, al respecto se entrega universalmente esta regla de certeza de derecho: 'incumbe la prueba al que dice, no al que niega', D. 22.3.2. En este rescripto se declara no sólo ser verdadera esta regla, sino también ser perpetua, pues igualmente corresponde al demandado no menos que al actor. Y ello se declara con este ejemplo. Por una acción personal alguien pide en juicio 10 mutuados a Ticio, los cuales aquél dice de sí haber dado en mutuo. Esto debe satisfacer y probar el actor, no porque pide dinero, o porque esto sea algo propio de la acción personal; sino porque dice, y por la justa regla arriba escrita, aquel que dice, debe probar. Lo que, sin embargo, debemos entender así, siempre que el demandado Ticio niegue de sí haber recibido el mutuo. Pues si reconoce, la cuestión es concedida, como dijimos al inicio, pues al actor no se exige prueba en una materia confesada ... Puesto que si el demandado confeso de la pretensión del demandante (haber recibido en verdad para sí el mutuo), dice sin embargo haber él pagado a aquél; ya esto el demandado lo debe probar, no en cambio por el actor [sc. se debe probar] ser pagado el dinero. No lo haga, a su vez, porque ello sea propio de esa defensa (porque el demandado dice de sí haber pagado aquello), sino que, por la justa regla superior, el que dice debe probar ... tal vez deba probar uno y otro: el demandante, el dinero por sí entregado, porque dice; y el demandado, el dinero pagado⁸.

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

8 "Cum queritur in iudicio quis probare beat, seu cui incumbat vel probatio, vel onus probationis, de eo haec regula iuris certi in universum traditur ei incumbit probatio, qui dicit, non ei qui negat, L. 2. D. eo. Hoc rescripto declaratur, non solum hanc regulam veram esse, sed etiam esse perpetuam, nam pariter ad reum pertinere non minus quam ad actorem. Idque declaratur hoc exemplo. In actione in personam petit aliquis in iudicio 10. mutua a Tito, quae se dicit ei mutuo dedisse. Hoc actor implere & probare debet, non quia pecuniam petit, aut quia hic quicquam sit proprium actionis in personam; sed quia dicit, & iuxta regulam supra scriptam, is qui dicit, probare debet. Quod tamen sic accipere debemus, si modo Titius reus neget se mutuum accepisse. Nam si fatetur, quaestio sublata est, ut initio diximus, nec in re confessa probatio ab actore exigitur ... Quod si reus de intentione actoris confessus dicit, se mutuum quidem accepisse, sed se ei solvisse; hoc iam reus probare debet, non autem actor, pecuniam non esse solutam. Quod rursum non fit, quia id proprium sit huius defensionis, ubi reus se quid solvisse dicit; sed quia dicit, & iuxta regulam superiorem qui dicit, probare debet ... num uterque probare debeat actor pecuniam a se numeratam, ut dicit; & reus pecuniam solutam". Cf. Donellus, H. (1765): *Commentariorum in Codicem Iustiniani*, volumen primum, en *Opera Omnia*, 7, (Typis Joannis Riccomini, Lucae) cols. 1009-1011 (C. 4.19.1).

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

(e)n las excepciones ha de decirse, que el demandado debe fungir de demandante entre las partes: y satisfacer la misma excepción, como una pretensión: por ejemplo, si se usa una excepción de pacto convenido, debe mostrar haber hecho un pacto convenido, D. 22.3.19 pr. / Porque el acreedor, que pide el dinero entregado, se obliga a satisfacer; así por su parte el deudor que lo afirma pagado, debe prestar prueba de este asunto, C. 4.19.1⁹.

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

Como los que presentan las demandas están obligados a dar prueba de los hechos que alegan para fundarla; si por su parte los demandados alegan hechos de los que se sirven como fundamento para sus defensas, deben probarlos. Así un deudor que reconociendo la deuda alegue un pago, debe dar prueba. Y aunque sea demandado, él se considera respecto de ese hecho como demandante¹⁰.

Con todo esto, ya estaba preparada la recepción de la regla de la carga de la prueba por Pothier (1699-1772), quien, después de haber enfrentado las fuentes romanas en sus *Pandectae*¹¹, señaló en su *Tratado de las Obligaciones*:

El que se pretende acreedor de alguno está obligado a probar el hecho o la convención que produjo su crédito, cuando es negado; al contrario, cuando la obligación está probada, el deudor que pretende haberla cumplido está obligado a probar el pago¹².

Este enunciado de Pothier es una evidente generalización que se aplica a toda relación obligatoria; pero, en último término, se refiere al paradigma proporcionado en las fuentes

9 “IX. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere ut puta, si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse l. 19. / Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet. l. 1. Cod. de Probat.”. Cfr. Domat, J. (1703): *Legum Delectus ex Libris Digestorum & Codicis ad Usum Scholae et Fori* (ex officina Wetsteniana, Amstelaedami) p. 244 (Lib. XXII, Tit. III).

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

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

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

y la historia de la ciencia jurídica por el mutuo, tal como señalaban Donelo y Domat¹³; y, tal como explicaba Cuyacio – quien también tenía en mente el caso del mutuo – ahora se puede entender de la siguiente forma la regla de Paulo: “*incumbe probar al demandante que afirma, no al demandado que hace infitiatio*”. No se olvide tampoco, que ya desde el Derecho romano post-clásico y justiniano, ese límite de la carga de la prueba en la *infinitatio* respondía a la interdicción de la prueba diabólica, considerada *contra natura rerum*.

Desde aquí, estamos a un paso de la recepción de Pothier¹⁴ en el artículo 1.315 del *Code Napoléon*:

*El que reclame la ejecución de una obligación la debe probar. / Recíprocamente, el que pretenda liberarse, debe probar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación*¹⁵.

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

2. Por otro lado, el derecho castellano había recibido la cuestión que nos ocupa a través de las Siete Partidas (c. 1265) y su comentario por Gregorio López (1555). La materia aparece en P. 3.14.1-6. En la P. 3.14.1 se lee: “... non es tenuda la parte de provar lo que niega porque non lo podria fazer bien assi como la cosa que non se puede mostrar nin provar segund natura. Otrosi las cosas que son negadas en juyzio non las devén, nin las pueden probar aquellos quelas niegan si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes de este titulo”. Queda así asentado el principio paulino –pero al menos en esta parte con clara alusión, no al Digesto, sino al caso de la no recepción del dinero en mutuo de C. 4.30.10: “*naturali ratione probatio nulla est*” = “non se puede mostrar nin probar segund natura”. Del mismo modo se anuncian las excepciones que se indicarán en los pasajes siguientes, respecto de las cuales podemos hacernos una idea

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

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

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

general a partir de la glosa hecha por Gregorio López al fragmento transrito: ““Pueden probar aquellos que los niegan”: *donde, de la triple negativa, de hecho, de derecho, o de cualidad, dice [sc. la doctrina] de la de hecho que es improbable, a menos que tenga determinación de lugar, o de tiempo, o una afirmativa implícita, porque no son causa de las negaciones”*¹⁶. Como se ve, esto no tiene nada de nuevo, sino que es la recepción de las nociones alcanzadas por el *ius commune*.

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

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

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

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

4.920 *Generalmente hablando, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras: de derecho, de cualidad y de hecho.*

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

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

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

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

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

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

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

4.927 La negativa coartada es la que induce cierta limitación de lugar, tiempo y circunstancia determinada. Por ejemplo, se imputa á uno una muerta hecha tal dia, en tal parte y á tal hora: si niega que estuvo en aquel sitio y en tal ocasión porque no pudo hallarse en él estando en otro, debe probar que á la sazon misma se hallaba en parte distinta, porque su negación se reduce á afirmar esto mismo¹⁷.

Más tarde, el mismo García Goyena señaló en el artículo 1.196 de sus *Concordancias*: “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”¹⁸. Aquí, como puede observarse, se encuentra el modelo inmediato que tuvo a la vista Andrés Bello para redactar nuestro artículo 1.698:

Art. 1.196: *Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.*

Art. 1.698: *Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.*

Si bien la redacción de García Goyena es original, tuvo expresamente por modelo el artículo 1.315 del *Code Napoléon*¹⁹ – lo cual, por lo demás, se observa a simple vista. Pero, sin embargo, está muy lejos de ser ésta una recepción mecánica. Al igual que en *Febrero Reformado*, García Goyena motivó su artículo 1.196 en el Derecho romano y castellano; y, con ello, en todo el riquísimo arsenal de la doctrina al respecto – tradición romanista que, en todo caso, también sustenta desde su núcleo a la disposición francesa²⁰.

17 Cfr. García Goyena, F. y Aguirre, J. (1842): *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo ...*, 6, (I. Boix, Madrid) pp. 63 y 64.

18 García Goyena, F. (1852): *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, 3, (Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial, Madrid) p. 203.

19 Dice: “1315 Frances, 1408 Sardo, 1902 Holandes, 972 de Vaud, 2229 de la Luisiana”. Cfr. García Goyena, F. (1852) p. 203 (cit. nota 18).

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

No puede pasarse por alto el orden de las citas romanas que le sirvieron de fuentes, porque la regla de Paulo no es la primera, sino que la antecede precisamente la constitución sobre el mutuo de C. 4.19.1. En realidad, a estas alturas no podría sorprender que el caso de la carga de la prueba en el mutuo aparezca como el vértice de la cuestión, mientras la cita de Paulo queda como un respaldo general:

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

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

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

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

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

Pero lo cierto es que en estos casos y otros de las leyes Romanas, y de la dos y siguientes, título 14, Partida 5 [sic, pero 3], solo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa²¹.

Todo esto es de capital importancia para comprender el contenido de nuestro artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, puesto que en el Proyecto llamado *Inédito*, en su correspondiente artículo 1.882a inciso primero – de la misma redacción que el actual 1.698 – se anotó al pie: “*Goyena, Concordancias, 1196*”²².

Nótese que, bien vistas las cosas, el único contenido positivo directo, explícito, del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, encuentra su núcleo – digamos técnicamente, su *ratio* – en el eje de la tensión afirmación-*infinitatio* que se produce tanto en la controversia por la constitución como por el pago de un mutuo; a lo cual se suma por extensión y por analogía todas las situaciones que sean susceptibles de ello – correspondan al derecho de obligaciones, o no. Pero, también, *sensu contrario* – esto es, en todo aquello que no quepa ni por extensión ni por analogía en la hipótesis positiva de

21 Cfr. García Goyena, F. (1852) pp. 203 y 204 (cit. nota 18).

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

la norma – el artículo 1.698 constituye un tipo abierto en virtud de la inmensa cantidad de supuestos que está llamado a satisfacer. Todo esto, siempre con el límite externo de no imponer una prueba diabólica. Es decir, no existe una carga de la prueba que esté fijada rígidamente *a priori*, sino que ésta se debe definir caso a caso con el exquisito arsenal de la interpretación.

Abstract

In article 1.698, the Chilean (Bello's) Civil Code provides that: “The existence of the obligations, and their extinction, shall be proved by (the person) who alleges each one of them”. This is a reception of the *ius commune* through both French and Spanish traditions. Although this provision is substantially related to Paul's fragment (D. 22.3.2) about the burden of proof, the main source of its precise wording may be found in C. 19.4.1 about *mutuum*, which deals with the specific field of contract that is regulated by article 1.698 and its later sources, article 1.315 of the *Code Napoléon* and article 1.196 of the “Concordances” project of García Goyena. *Mutuum*, as the foundation of article 1.698, is indeed indispensable to fix the boundaries of this provision and its proper interpretation. It has to be borne in mind that historical research is essential for a proper understanding of the proof of obligations and in terms of the final article of the Civil Code of Bello is compulsory when interpreting Chilean legislation. In this article, all the historical sources on the burden of proof of obligations are reviewed.