

La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil

THOMAS VOGT GEISSE*

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a la información y el manejo justo y eficiente de la fase probatoria representa uno de los mayores desafíos en el diseño de un proceso civil moderno. Con ocasión de la reforma a la justicia civil, los deberes de cooperación de las partes ante la desinformación del adversario y los poderes del juez en el esclarecimiento de los hechos han sido objeto de debates recurrentes en nuestro medio. Sin embargo, brilla por su ausencia un aspecto crucial del problema: la carga de la afirmación. Se trata de un concepto fundamental para la comprensión de la actividad probatoria y, en general, del manejo de la información en el proceso civil.

Este artículo se propone: (1) aclarar el sentido de la distinción entre afirmar y probar en el proceso civil; (2) precisar la diferencia entre la carga de la prueba y la carga de la afirmación; (3) ilustrar con ejemplos comparados el funcionamiento de la carga de la afirmación; (4) examinar su rol en el Código de Procedimiento Civil; (5) plantear una conclusión a la luz de la reforma procesal civil.

2. EL SENTIDO DE LA DIFERENCIA ENTRE AFIRMAR Y PROBAR

La distinción entre “afirmar” y “probar” no es ajena al procesalismo chileno. En ocasiones la jurisprudencia ha hecho mención de una “carga de la afirmación” definiéndola como la carga de las partes de introducir hechos al proceso.¹ Sin

* Abogado por la Universidad de Chile, magíster en derecho y candidato a doctor en derecho por la Universidad de Bonn. Se agradecen las valiosas críticas y sugerencias aportadas por María Paz Barriga Alarcón, José Tomás Blake Benítez, Jorge Larroucau Torres y Sebastián Mantilla Blanco.

¹ Corte de Rancagua, Rol N° 1198-2012, 14.1.2013, c.6° (“Que la carga de la prueba, como obligación legal, comprende no sólo el peso de ésta, sino que también introducirlos al proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de ese modo en fundamentos de la sentencia”). En el mismo sentido la Corte de Copiapó, Rol N° 5-2014, 24.4.2014, c.4° (“las partes no sólo tienen que probar los hechos, sino que también tienen que introducirlos al proceso mediante su afirmación”) y el Primer Juzgado de Letras de Talagante, Rol N° C-403-2010, 23.5.2011, c. 9°, confirmado por la Corte de San Miguel, Rol N° 819-2011, 27.9.2011 (“Que así la carga de la prueba comprende

embargo, no encontramos explicación sobre el sentido y propósito de la diferencia entre afirmar y probar, ni sobre su mecánica dentro de las normas del derecho procesal civil chileno.² Comenzaremos por clarificar la diferencia.

2.1. Carácter institucional de la distinción entre afirmar y probar

La distinción entre afirmar y probar no es obvia. No puede decirse que esté en la "naturaleza" de las cosas, pues distingue categorías institucionales. Éstas sólo tienen sentido dentro de la comunicación institucionalizada en el proceso judicial. No hay nada en los conceptos mismos de "afirmación" y "prueba" que nos permita distinguirlos entre sí. Por ejemplo, actividades típicamente "probatorias", como la prueba testimonial o la confesión de parte, consisten precisamente en afirmaciones sobre hechos. Desde las afueras del proceso, la diferencia entre afirmar y probar se desdibuja rápidamente: en ambos casos se pretende relatar hechos. Sólo dentro del proceso judicial es posible atribuir a una declaración sobre un hecho la calidad de "afirmación" o "prueba". Esta atribución depende de la función procesal asociada a la declaración que, a su vez, cambia según la etapa del proceso civil en que se aporte. La clave está, entonces, en concebir las etapas del proceso civil como fases funcionalmente distinguibles.

2.2. La diferencia entre adecuación y efectividad de los hechos

Ante todo, es necesario aclarar la diferencia entre adecuación y efectividad de los hechos. Para eso, debemos retroceder unos pasos y preguntarnos: ¿qué es el proceso judicial? Hay varias formas de definirlo. Para efectos de esta exposición nos basta la siguiente: es la institucionalización del razonamiento jurídico. Como tal, su estructura refleja la forma en que se aplican las normas jurídicas. La modernidad las dividió en supuesto de hecho (p.ej., la comisión de un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro) y efecto jurídico (p.ej., la obligación de indemnizar).³

no sólo el peso de ésta, sino que también la carga de la afirmación, es decir las partes no sólo tienen que probar los hechos sino que también deben introducirlos al proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos en el fundamento de la sentencia, así esta jueza estima que las alegaciones del actor se condicen con la prueba alegada, no así la del demandado, que no compareció a efectuar alegaciones en su defensa, sin perjuicio de haber incorporado prueba documental (...), no pudiendo ser analizados los hechos, más allá, por cuanto estos no están debidamente alegados en tiempo y forma. (Corte de Concepción. 3 de diciembre de 1970. Rev., T. 67, Sec. 2ª, p. 137)."

² La jurisprudencia no distingue entre el acto de afirmar y el de probar. La carga de afirmar es considerada, sin mayor precisión, como *parte* de la carga de la prueba. Véanse las citas en la nota precedente.

³ Esta división supone la distinción entre hecho y derecho, lo que no es obvio, sino moderno.

El supuesto de hecho está definido de forma abstracta, pero con vocación de abarcar descripciones de eventos concretos. Quien pretenda aplicar una norma jurídica debe proceder según el "silogismo para determinación de la consecuencia jurídica".⁴ En esta versión, el silogismo jurídico consiste en tres elementos:⁵

La *premisa mayor* equivale al precepto legal expresado en un enunciado del tipo:

"Siempre que el supuesto de hecho S se realice en alguna situación concreta, vale la consecuencia jurídica C para esta situación."

En la *premisa menor* se relaciona un caso concreto con el supuesto legal:

"En un hecho concreto H se realiza el supuesto S."

En la *conclusión* se relaciona el caso concreto con el efecto jurídico de la norma:

"Para H vale el efecto C".

Para nuestro propósito —comprender el rol que juegan las declaraciones sobre hechos en el proceso civil— lo relevante es atender a la operación que da origen a la premisa menor. Esta operación se denomina *subsunción* y permite conectar los supuestos fácticos de la premisa mayor (p.ej. "daño") con descripciones particulares del caso ("un hematoma en el cráneo del demandante"). El éxito de la subsunción habilita al juez para declarar el efecto jurídico correspondiente⁶ (p.ej. "obligación de indemnizar") y, en procedimientos de condena, ordenar su cumplimiento. Para realizar la subsunción, el juzgador debe proceder en dos pasos: por un lado, evaluar la *adecuación* de los hechos en cuestión y, por el otro, constatar su *efectividad*.⁷

2.2.1. LA ADECUACIÓN DE LOS HECHOS

El juicio de adecuación consiste en evaluar si los hechos que dan lugar al conflicto caen bajo la hipótesis de alguna norma jurídica.⁸ Este paso presupone que el supuesto de hecho de la norma legal haya sido correctamente interpretado

Los derechos de sociedades pre-modernas aplican un concepto difuso de injusto jurídico, que no permite discernir entre hecho y derecho. DAMASKA (1997), pp. 26 s.; LUHMANN (2008), pp. 145 ss.; LARROUCAU (2013), p. 266 ("la distinción entre hecho y derecho es política, no ontológica"). Además, la línea que divide los hechos y el derecho suele variar según la función institucional de la distinción, véase LARROUCAU (2017), pp. 173 s.

⁴ "Syllogismus der Rechtsfolgenbestimmung", LARENZ (1991), p. 272.

⁵ LARENZ (1991), pp. 271, 273 en traducción libre, pero manteniendo las abreviaciones de la traducción al español de Marcelino Rodríguez Molinero, LARENZ (1994), pp. 265 ss.

⁶ RÜTHERS *et al.* (2013), pp. 403, 405, 410.

⁷ ENGISCH (1963), p. 19; LARENZ (1991), p. 278.

⁸ LARENZ (1991), p. 273.

en atención a los hechos del caso.⁹ En el proceso civil el juzgador está llamado a determinar si las descripciones sobre hechos ofrecidas (exclusivamente) por las partes son *adecuadas* para realizar el supuesto abstracto de las normas invocadas. En este contexto, "adecuadas" tiene dos sentidos. Por un lado, deben ser *apropiadas para integrar el supuesto de hecho* de las acciones o excepciones que se hacen valer.¹⁰ Por ejemplo, la afirmación "el demandante andaba en una bicicleta azul" no es apropiada para alegar que el demandante sufrió un "daño". Por el otro lado, las descripciones deben ser lo suficientemente concretas para que los hechos puedan ser reconocidos como un caso *específico* de la hipótesis, y no como su mera paráfrasis.¹¹ Así, para satisfacer la hipótesis de "daño", son inadecuadas afirmaciones del tipo "el demandante sufrió un perjuicio", "un malestar" o "dolencias"; la afirmación adecuada sería, por ejemplo, "el demandante sufrió un hematoma en el cráneo".

En suma: para subsumir un caso en una norma, las afirmaciones sobre hechos han de ser adecuadas para integrar la hipótesis de esa norma; sólo lo serán en la medida que describan hechos apropiados y específicos.

2.2.2. LA EFECTIVIDAD DE LOS HECHOS

En un segundo paso, el juez debe determinar si los hechos, además de adecuados, son *efectivos*, es decir, si realmente ocurrieron. Más precisamente: si los hechos *se pueden tener por efectivos* conforme al estándar probatorio previsto en la ley. En los procesos civiles, por regla general, el estándar es la convicción del juez de la verdad de la afirmación, justificada de forma comprensible a nivel intersubjetivo.¹² Excepcionalmente, la exigencia puede ser menor, rebajándose a convicción sobre

⁹ RÜTHERS *et al.* (2013), p. 406; LARENZ (1991), p. 273, quien agrega que no sólo las normas jurídicas se interpretan desde las afirmaciones de hecho potencialmente subsumibles, sino que también las afirmaciones de hecho se formulan desde las normas potencialmente aplicables (pp. 279-281). En Chile a favor de esta hermenéutica para conectar los hechos con el derecho LARROUCAU (2017), pp. 171-172, 175 s., quien, utilizando la nomenclatura de Bentham, llama a esta operación una búsqueda de "convergencia entre hechos principales y probatorios" (p. 163 y *passim*).

¹⁰ Según la fórmula de la Corte Federal alemana ("Bundesgerichtshof", en adelante BGH), una parte debe aportar hechos "apropiados y necesarios para que el derecho alegado aparezca como constituido a favor de la parte en relación con un precepto legal". BGH, VIII ZR 125/11, 25. 10. 2011, c. 14a. Inicialmente en BGH, VII ZR 123/83, 12.7.1984, c. 1. Se trata de jurisprudencia asentada. Véanse referencias en BECKHAUS (2010), p. 78.

¹¹ En esos casos no es posible evaluar si la afirmación es "relevante" (en el sentido de apropiada) en relación con las normas invocadas, BGH, X ZR 77/89, 23.4.1991, c. 4b) aa). Además, la contraparte no estará en condiciones de contrastar lo afirmado con sus propias fuentes de información, BROSE (2008), p. 1317.

¹² Por mucho que las fórmulas difieran en su tenor, los tribunales aplican este estándar tanto en Alemania y Francia como también en el *common law*. BRINKMANN (2005), pp. 62 ss.

la probabilidad o verosimilitud de una afirmación (p.ej., para determinar el *fumus boni iuris* de las medidas precautorias).¹³

2.2.3. EL JUICIO DE ADECUACIÓN Y EFECTIVIDAD

Distinguir la adecuación de la efectividad de los hechos no es un mero ejercicio teórico. Al contrario, la distinción se ve reflejada en la estructura básica del proceso, en cuanto exige al juzgador hacer dos cosas radicalmente distintas.

Para responder la pregunta por la *adecuación*, el tribunal debe contrastar las descripciones de hecho con los supuestos de normas *prima facie* aplicables, sin que importe si ocurrieron efectivamente. Se trata de una actividad idéntica a la que se somete un estudiante de derecho que resuelve un caso sobre la base de hechos inventados por los evaluadores. Si tras una acertada interpretación se concluye que las descripciones pertenecen al tipo de hechos abarcados por el supuesto, se puede tener por satisfecho el criterio de adecuación y por procedente la acción. Para llegar esta conclusión, no es necesario tener noción alguna sobre si lo descrito efectivamente aconteció.¹⁴

En cambio, para responder la pregunta por la *efectividad* de los hechos, el tribunal debe evaluar el resultado de indagaciones y pesquisas realizadas con el fin de averiguar lo que verdaderamente ocurrió (en lenguaje procesalista: "valorar la prueba"). El juez debe comparar las descripciones controvertidas de las partes con la información aportada por los medios de prueba.

Así, el juicio sobre la adecuación de los hechos y aquel sobre su efectividad envuelven dos operaciones judiciales totalmente distintas. En circunstancias que el conflicto civil está a disposición de las partes, el *principio de aportación de parte* les asigna, en general, la tarea de impulsar esas actividades¹⁵ "afirmando" y "probando" respectivamente. El acto de "afirmar" apunta a satisfacer el criterio de adecuación, el de "probar" se dirige al criterio de efectividad. Esto se refleja institucionalmente en la división del proceso en *fase de afirmación y discusión* por un lado, y en *fase de prueba* por el otro. A continuación veremos a qué se refiere la "carga" de afirmar o probar.

¹³ CALAMANDREI (1984), p. 77 ("la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud"). Igualmente en la dogmática alemana, ROSENBERG *et al.* (2010), p. 614. Desde la teoría del proceso se critica la equivalencia conceptual entre verdad, probabilidad y verosimilitud, TARUFFO (2010), p. 108.

¹⁴ Por eso, el BGH insiste en que la probabilidad de una afirmación es irrelevante para el juicio de su adecuación jurídica. Véanse referencias en BECKHAUS (2010), p. 78, nota 446.

¹⁵ SCHILKEN (2014), p. 164.

3. LA DIFERENCIA FUNCIONAL ENTRE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA AFIRMACIÓN

Ahora, con la diferencia entre adecuación y efectividad en mente, podemos distinguir con mayor claridad entre carga de afirmar y carga de probar.

3.1. La carga de la prueba como distribución del riesgo de la incertidumbre

La carga de la prueba, en sentido objetivo, regula la reacción del tribunal frente a hechos que no pudieron esclarecerse en juicio. Son reglas que le indican al juez cómo decidir en caso de incertidumbre sobre un hecho que sustenta la acción o excepción.

En su célebre obra "La carga de la prueba", Rosenberg sostiene que la lógica misma del razonamiento jurídico exige que —en caso de incertidumbre sobre un hecho— se tenga por no establecida su existencia y, por tanto, el silogismo concluya negando el efecto jurídico asociado.¹⁶ Leipold demostraría el error de esa idea. Descubrió que no hay nada lógico en negar la aplicación de la ley en esos casos.¹⁷ La norma jurídica es binaria: en caso que el supuesto de hecho se cumpla, se aplica, de lo contrario, no se aplica. Pero la solución de la incertidumbre sobre la realización del supuesto no está prevista en la lógica. Ésta sólo permite concluir que la aplicabilidad del efecto jurídico es, asimismo, incierta.¹⁸ La incertidumbre es un problema práctico, no lógico. La aplicación de la norma debería quedar en suspenso hasta que haya certeza sobre si se cumple o no el supuesto. En caso de incertidumbre definitiva, el juzgador debería abstenerse de decidir.¹⁹ Pero sabemos

¹⁶ ROSENBERG (1965), p. 12. En la traducción al español de Ernesto Krotoschin: "El juez sólo puede aplicar un precepto jurídico, esto es, declarar que se haya producido su efecto, cuando ha logrado convencerse de la existencia de las circunstancias que constituyen el presupuesto del precepto. De ello resulta que la norma jurídica deja de aplicarse, no sólo cuando el juez está convencido de la no-existencia de estos presupuestos sino también cuando le han quedado dudas acerca de su existencia". ROSENBERG (1956), p. 11.

¹⁷ LEIPOLD (1966), pp. 22, 31 ss. Así también ENGISCH (2010), p. 109: "Desde un punto de vista puramente lógico, el defecto de la premisa menor no permite concluir absolutamente nada" (traducción propia).

¹⁸ "La incertidumbre sobre la existencia de un hecho permite concluir la incertidumbre sobre la efectividad del supuesto normativo y con eso la incertidumbre sobre si corresponde conceder o negar el efecto jurídico". LEIPOLD (1966), p. 22 (traducción propia).

¹⁹ Así se solucionaba en el derecho procesal romano de la época clásica: el juez se liberaba de su deber de decisión prestando juramento sobre la subsistencia de la incertidumbre sobre lo ocurrido (*rem sibi non liquere*), KASER (1966), p. 88.

que eso es incompatible con el principio de inexcusabilidad que rige los ordenamientos jurídicos modernos.²⁰ El juez está obligado a zanjar el conflicto que se le presente (en Chile: artículos 76 II de la Constitución y 10 II del Código Orgánico de Tribunales), incluso a falta de claridad sobre los hechos.²¹

Por eso, los derechos modernos ofrecen reglas especiales, con una particularidad que las sitúa en la frontera del derecho sustantivo y procesal: se trata de normas que prevén, en su hipótesis, el caso de incertidumbre judicial sobre un supuesto legal. Comúnmente se conocen como reglas que reparten la "carga de la prueba". Incluyen una "regla de operación"²² que ordena al tribunal, en caso de incertidumbre definitiva, fingir la efectividad o no-efectividad del supuesto de hecho.²³ Eso permite al juez decidir el asunto conforme a derecho, a pesar de su abierto desconocimiento sobre lo que efectivamente ocurrió. El artículo 1698 I del Código Civil, por ejemplo, ordena al juez fingir la inexistencia de hechos constitutivos o extintivos de una obligación en caso que, concluida la prueba, subsista la duda sobre su ocurrencia; el artículo 1547 III del mismo Código ordena fingir la efectividad de hechos constitutivos de la culpa del deudor en caso que las pruebas no clarifiquen si actuó con diligencia. Todas estas normas tienen como hipótesis la incertidumbre en juicio, el *non-liquet* ("no está claro"), respecto a uno o varios hechos decisivos; se aplican sobre la base del fracaso definitivo de la actividad probatoria.

Así opera la carga de la prueba desde el punto de vista del juez. Desde la óptica de las partes se presenta como un *reparto del riesgo de la incertidumbre*: cada parte procurará obtener el resultado probatorio necesario para evitar que subsistan dudas y el juez aplique ficciones desfavorables. De esa forma, estas reglas distribuyen entre las partes la responsabilidad por el éxito probatorio respecto de los supuestos legales y generan incentivos para preparar, solicitar y rendir las pruebas correspondientes. Este aspecto se denomina carga de la prueba "subjetiva".²⁴

3.2. Funciones de la carga de la afirmación

De forma análoga, la carga de la afirmación define a quién corresponde aportar un relato adecuado de los hechos; en otras palabras, atribuye el riesgo de que falten afirmaciones de hecho susceptibles de integrar los supuestos de las acciones

²⁰ PRÜTTING (1983), p. 124.

²¹ PALOMO (2014), p. 238.

²² PRÜTTING (1983), pp. 170 s.

²³ LEIPOLD (1966), pp. 64 ss., PRÜTTING (1983), p. 168.

²⁴ LAUMEN (2016), pp. 181 s.

o excepciones deducidas. Su función es instar a las partes a formular afirmaciones apropiadas y específicas.

3.2.1. LA CARGA DE LA AFIRMACIÓN COMO INCENTIVO PARA ALEGAR DE FORMA ADECUADA

Los procesos civiles modernos no permiten que los conflictos se planteen en lenguaje común. El relato formalizado de los hechos es requisito de toda etapa probatoria. Rolf Stürner llama esta característica “temprana canalización jurídica de los hechos”.²⁵ El conflicto ingresa al proceso en vestimenta jurídica. El interés práctico de las partes debe presentarse en un lenguaje adecuado a las normas relevantes.²⁶ En general, esta transformación del conflicto en un relato de relevancia jurídica es tarea de abogados organizados privadamente. La obligatoriedad de comparecer con asistencia letrada (en Chile: artículos 1 I y 2 I de la ley N° 18.120)²⁷ impone, por regla general, al sector privado la tarea de formalización inicial del conflicto.²⁸ Eso hace esperable que la demanda y contestación sean preparadas con criterio jurídico, justificándose así que la iniciación del proceso, el acceso a la prueba y/o una sentencia favorable dependan de la adecuación jurídica del relato.

De esa forma, el peligro de desventajas procesales incentiva a las partes (representadas por sus abogados) a formular afirmaciones claras y precisas que permitan reconocer su adecuación a las normas que hacen valer. La carga de la afirmación cumple así una función delimitadora del objeto de prueba²⁹ y posibilita una respuesta de la contraparte.³⁰ Ésta podrá o deberá (dependiendo del sistema procesal) controvertir las afirmaciones con la misma precisión.

3.2.2. ADECUACIÓN Y LITIGACIÓN FRÍVOLA

Actualmente, la noción de la carga de la afirmación como mero incentivo de adecuación se considera insuficiente. En efecto, para desalentar la litigación frívola, los procesos civiles contemporáneos establecen, además, un *control de plausibilidad*.

²⁵ STÜRNER (1987), pp. 765, 775.

²⁶ LARENZ (1991), pp. 279-281. Larroucau habla de la traducción “de hechos brutos en hechos operativos” LARROUCAU (2017), p. 165 s.

²⁷ La comparecencia personal es excepcional (artículo 2 I de la ley N° 18.120.) y requiere justificación especial.

²⁸ Un vuelco hacia la comparecencia personal para juicios de baja cuantía, como se pretende en el marco de la reforma de justicia vecinal, no eliminaría la formalidad del lenguaje del derecho, ni la necesidad de traducir el conflicto a términos jurídicos, sino que trasladaría los costos de preparación del sector privado al público, que deberá organizar instituciones de apoyo para los comparecientes letrados. Véase RIEGO y LILLO (2014), pp. 392, 414 s. Sobre la división de tareas entre el sector privado (abogados) y el sector público (tribunal) en la asistencia a las partes, STÜRNER (1982), pp. 19 ss.

²⁹ PETERS (1966), p. 63.

³⁰ BREHM (1982), p. 84.

El siglo XX cambió las expectativas frente a los procesos judiciales. Los movimientos sociales aumentaron en cantidad y visibilidad, lo que se tradujo en una proliferación de políticas públicas, instituciones, leyes y, por tanto, los derechos subjetivos accionables.³¹ La sobrecarga de los tribunales y la (in)accesibilidad a la justicia surgieron como problemas políticos,³² tensionando al derecho procesal con labores fuera del cómodo formalismo decimonónico. Se hizo evidente que los recursos de la justicia, especialmente del proceso civil, eran escasos y que su empleo no podía depender del capricho de las partes. Surge una tensión entre la autonomía de la voluntad (en el proceso: principios dispositivo y de aportación de parte) y el peligro que las partes abusen de sus facultades procesales, disponiendo del aparato judicial para especulaciones o frivolidades. Paralelamente, crece la consciencia que la actividad procesal, en especial la probatoria, debe reducirse a lo esencial, a fin de liberar recursos para una atención más equitativa de todos los “usuarios del sistema”. La expresión normativa de estas tendencias se identifica bajo nociones de derechos a “tutela judicial efectiva”, “acceso igualitario a la justicia”, y “un juicio de duración razonable”, entre otros. El anhelo por alivianar la sobrecarga de los tribunales se traduce en reformas procedimentales: justicia vecinal³³ y medios alternativos de solución de controversias,³⁴ poderes discrecionales del juez para controlar el ritmo y canalizar el debate (*case management*),³⁵ normas de preclusión flexibles,³⁶ y –para volver a lo nuestro– un empleo eficaz de la etapa de afirmación y discusión.

La etapa de afirmación ha evolucionado hacia un *control de plausibilidad* para el acceso a la prueba, la etapa más costosa de los procesos declarativos (en especial por los dispendiosos peritajes e inspecciones). La escasez de recursos y el aumento constante del ingreso de las causas ha elevado la presión por reducir al mínimo posible las actividades asociadas a introducir, intercambiar y evaluar información en juicio. Una solución³⁷ ha sido el aumento de las exigencias de la carga de la

³¹ Descripciones del fenómeno se encuentran, entre muchas otras, en KAGAN (2003), pp. 36 ss.; GRAVELLE (1995), pp. 279 ss.; TEUBNER (1984), pp. 290-300.

³² Estos desarrollos se encuentran documentados en CAPPELLETTI (Ed.) (1981); ZUCKERMAN (Ed.) (1999); FRANCIONI (Ed.) (2007).

³³ Sobre los esfuerzos de implementar un sistema de justicia vecinal en Chile RIEGO y LILLO (2014), pp. 385-417.

³⁴ Un panorama se encuentra en PÉREZ y COPANI (2006), pp. 155-183.

³⁵ Término acuñado en los Estados Unidos en el clásico artículo de RESNIK (1982), pp. 376-448. Para una aplicación en el contexto chileno véase RIEGO (2014), pp. 76-82.

³⁶ Para una síntesis comparada sobre formas de regular la preclusión STÜRNER (2013), pp. 409-420.

³⁷ La otra es un derecho de costas diferenciado y eficiente que permita crear incentivos claros; una tarea pendiente en Chile. Una visión comparada sobre el funcionamiento del derecho de costas en BEYER (2006), en especial pp. 229 ss.

afirmación con el fin de proteger el proceso contra actividad probatoria frívola o desproporcionada; es decir, la extensión de su función a la prevención de abuso: la parte gravada con la carga de la afirmación ya no sólo estaría llamada a aportar afirmaciones adecuadas, sino que a situarlas en un *relato plausible* que permitiera al tribunal juzgar su seriedad antes de abrir la puerta a la prueba. Así se practica en Inglaterra, los Estados Unidos, Alemania y Francia.³⁸

4. LA MECÁNICA DE LA AFIRMACIÓN EJEMPLIFICADA EN DOS CASOS COMPARADOS

En resumen, la función tradicional de la carga de la afirmación es incentivar un relato de hecho adecuado (i.e., específico y apropiado con relación a las normas jurídicas aplicables) con el fin de reducir y canalizar el conflicto antes de proceder a su discusión y prueba. A esto se suma la función de prevenir presentaciones frívolas mediante la exigencia de una plausibilidad mínima. Esa es la lección de los procesos civiles extranjeros de alto rendimiento. Sin embargo, esta lección no aporta nada a la comprensión del proceso civil chileno si no se conecta y evalúa en clave de la ley vigente, esto es, el Código de Procedimiento Civil. Previo a ese análisis, es preciso explicar la importancia del tipo de contradictorio para la carga de la afirmación. En efecto, para que la carga de la afirmación pueda desplegar sus funciones, la ley procesal debe contemplar oportunidades concretas de control de adecuación que a su vez dependen de cómo esté regulado el caso de la incomparecencia. Esto se ilustrará a partir de dos brevísimos ejemplos comparados.

4.1. La carga de la afirmación en sistemas de confesión ficta

En la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO), la incomparecencia del demandado acarrea la confesión ficta de los hechos afirmados por el demandante.³⁹ En ese caso, no se abre probatorio alguno. El juez dicta de inmediato un "fallo en ausencia" (*Versäumnisurteil*) únicamente sobre la base de los hechos afirmados por el demandante,⁴⁰ que son tenidos por confesados por el demandado.

³⁸ En el *pre-trial* inglés y estadounidense se controla la seriedad al resolver el *summary judgment*. ZUCKERMAN (2013), n. 9.45; JAMES *et al.* (2001), p. 259; en Alemania y Francia al decidir sobre la substanciación (*Substantiierung*) o pertinencia (*pertinence*) de los hechos aportados. STÜRNER (1976), p. 114; SOLUS y PERROT (1991), n. 734; LANG (1999), p. 110.

³⁹ En caso de incomparecencia del demandado "las alegaciones de hecho del demandante deben tenerse por confesadas" (§ 331 I ZPO, traducción propia).

⁴⁰ STADLER (2017) § 331 N° 11. El tribunal mantiene su libertad de calificarlos jurídicamente GRUNSKY (2006) § 331 N° 2. Es un fallo propio de un "contradictorio unilateral" ROSENBERG *et al.* (2010), p. 587 (en N° 37).

Pero no sólo la parte ausente se expone a que se le tenga por confesa. Incluso los demandados que contestan (al igual de los demandantes que replican) corren peligro que las afirmaciones de la contraparte se consideren admitidas tácitamente si no las contradicen de modo expreso y fundado (§ 138 I-III ZPO);⁴¹ además, la oposición debe ser específica. Una negación general de todo lo afirmado (del tipo: "se niegan todos los hechos alegado por el demandante") se tiene por no formulada⁴² y carece de todo valor para sortear la confesión ficta.

Entonces, para evitar la ficción desfavorable, las partes asumen la carga de contestar (replicar) y controvertir fundadamente cada uno de los hechos que no quieran confesar. Como contrapartida, no cualquier afirmación de hecho da lugar a esta carga. El apercibimiento al adversario sólo se aplica cuando la parte presenta afirmaciones de hecho adecuadas (§§ 331 II,⁴³ 138 I ZPO)⁴⁴ (adecuadas en el sentido expuesto: específicas y apropiadas en relación con el supuesto de la norma invocada). En caso contrario, el juez rechazará la acción (o excepción) por falta de justificación, sin que importe la pasividad de la contraparte. La regla tiene pleno sentido: en caso de incomparecencia o inactividad del adversario, las afirmaciones de la parte compareciente constituirán el único fundamento de hecho de la sentencia en ausencia. Ésta no podría ser favorable si los hechos alegados no coinciden con la acción o excepción deducida, aun cuando se tengan por ciertos. Por eso, mientras una parte no satisfaga su carga de afirmar adecuadamente, no nace la carga de la contraparte de reaccionar, ni aplica la confesión ficta en caso de pasividad.

En suma, bajo la ZPO el cumplimiento de la carga de la afirmación es requisito del nacimiento de la carga de reaccionar de la contraparte y, por tanto, presupuesto de la confesión ficta respecto de un relato no controvertido. En caso que no satisfaga la carga de la afirmación, el juez, pese a la pasividad del adversario, dictará un fallo desfavorable para el compareciente por falta de adecuación.⁴⁵

⁴¹ § 138: (I) Las partes han de prestar sus declaraciones sobre circunstancias de hecho de forma completa y conforme a la verdad. (II) Cada parte ha de declararse sobre los hechos afirmados por el adversario. (III) Los hechos que no sean contradichos expresamente se tendrán por confesados, cuando las demás declaraciones de la parte no manifiesten la intención de contradecirlos. (traducción propia).

⁴² BGH, IX ZR 104/08, 11. 3. 2010, c. 15-21.

⁴³ Dicho inciso requiere que las afirmaciones de hecho justifiquen lo pedido: "En la medida que la petición de la demanda esté justificada, se fallará conforme a la petición; en caso contrario, se rechazará la demanda" (traducción propia, cursiva agregada).

⁴⁴ Sobre la adecuación de las afirmaciones como requisito del fallo en ausencia (*Schlüssigkeit*): ROSENBERG *et al.* (2010), pp. 586 s.; SCHILKEN (2014), p. 277. Sobre la adecuación de las afirmaciones como requisito de su confesión tácita por omitir contradicción (*Substantiierung*): FRITSCHKE (2016) § 138, N° 18.

⁴⁵ Nótese que el juez tiene un deber general de llamarle atención a las partes de la falta de adecuación de su relato (§ 139 I ZPO).

4.2. La carga de la afirmación y el emplazamiento coercitivo

En América Latina y España la incomparecencia es referida bajo el concepto de "rebeldía". "Rebelde" es quien desobedece al Rey. Así al menos en el mundo gobernado por las Siete Partidas: "Rebeldes hi ha algunos homes de manera que non quieren venir al emplazamiento que les facen; et estos *non deben fincar sin pena porque desprecian mandamiento a aquellos á quien deben obedescer*" (cursiva agregada).⁴⁶ En el derecho castellano, el proceso sólo comenzaba una vez trabada la litis, cuando el demandado comparecía.⁴⁷ Antes de esto, no había proceso y el demandante no podía aspirar a una sentencia. Siendo indispensable la comparecencia, se lograba por orden del soberano bajo amenaza de multa y pago de los gastos del demandante "porque no quiso venir á facerle derecho".⁴⁸ Asimismo, se expone a perder la cosa litigiosa en virtud del "asentamiento",⁴⁹ que ordenaba entregar en prenda, sea la cosa litigiosa (en acciones reales) o bienes del demandado (en acciones personales) al demandante,⁵⁰ quien a su vez tenía la opción de apropiársela trascurridos ciertos plazos de incomparecencia contumaz.⁵¹

En un escenario en que la inacción es un acto de desobediencia merecedor de castigo, la adecuación jurídica de la demanda no puede sino ser presupuesto necesario de la sanción contra el demandado.⁵² Para allanarse u oponerse válidamente, es indispensable que el demandado pueda reconocer la clase de acción entablada,⁵³ toda vez que de ella depende el tipo de defensa procedente. Sólo así es exigible la comparecencia bajo amenaza de sanción. Por lo mismo, el juez debe ejercer un control de adecuación jurídica antes de ordenar el emplazamiento bajo apercibimientos draconianos.⁵⁴ El emplazamiento coercitivo era costoso y poco

⁴⁶ P. 3, 7, 8 (Ley titulada: "Qué pena merescer el que fuere rebelde en non venir al emplazamiento").

⁴⁷ P. 3, 3, 7.

⁴⁸ P. 3, 7, 8. Es la regulación coercitiva de la incomparecencia propia del proceso romano-canónico PÉREZ (2008), pp. 297 s.

⁴⁹ P. 3, 8, 1.

⁵⁰ P. 3, 8, 2.

⁵¹ P. 3, 8, 6; RAMOS (2005), p. 743 s.

⁵² Los requisitos de la demanda, parecidos a los que hasta hoy rigen los procesos civiles latinoamericanos, se encuentran en P. 3, 2, 40: "Mas en qualquier destas demandas para seer fechas derechamente deben hi seer catadas cinco cosas; la primera el nombre del juez ante quien debe seer fecha, la segunda el nombre del que la face, la tercera el de aquel contra quien la quiere facer, la quarta la quantia, ó la cosa ó el fecho que demanda, la quinta por qué razón la pide..." (cursiva agregada).

⁵³ "... cierto puede seer el demandado por ellas en qué manera debe responder, et otrosí el demandador sabrá mas ciertamente qué es lo que ha de probar" (P. 3, 2, 40, cursiva agregada).

⁵⁴ "ca [= "porque"] seyendo todas estas cosas puestas en la demanda ... tomará apercibimiento el juez para ir adelante por el pleyto derechamente". (P. 3, 2, 40, cursiva agregada).

efectivo y, por lo mismo, desembocó en el empleo de ficciones de comparecencia.⁵⁵ Sin embargo, este modelo medieval guarda una consistencia de la que, como veremos, el Código de Procedimiento Civil carece, en cuanto atribuye a la carga de la afirmación una función bien definida, sometida a control judicial.

5. LA CARGA DE LA AFIRMACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El Código de Procedimiento Civil (CPC)⁵⁶ exige que la demanda y la contestación contengan "la exposición clara de los hechos".⁵⁷ Esta exigencia se enseña como uno de los "requisitos" de la demanda.⁵⁸ Supuestamente, atribuye la carga de la afirmación al demandante y demandado respectivamente.⁵⁹ Según la fórmula utilizada por las Cortes de Apelaciones, el estándar se cumple con "el señalamiento de aquellos antecedentes que harían procedente la acción instaurada ante los preceptos de la ley positiva".⁶⁰ Así entendido, la ley exige adecuación jurídica: los hechos expuestos deben ser susceptibles de subsunción bajo el derecho que soporta la acción o excepción.

¿Qué ocurre cuando la exposición de los hechos no alcanza ese estándar? Es posible distinguir tres tipos de defectos que la hacen inadecuada: (i) el caso que los hechos expuestos *no son apropiados* para subsumirse bajo las normas aplicables (exposición disonante); (ii) el caso que la exposición de hechos es insuficiente para integrar *cada uno* de los supuestos de las normas aplicables (exposición incompleta); (iii) el caso que la exposición es *demasiado general* para que los hechos puedan ser reconocidos como un caso específico del supuesto legal (exposición inespecífica). Estos tres casos incumplen claramente el estándar de los tribunales superiores de justicia en cuanto no señalan "aquellos antecedentes que harían procedente la acción instaurada ante los preceptos de la ley positiva". Adicionalmente, cabría preguntarse si hay en el proceso civil chileno algún espacio para el control de verosimilitud: (iv) el relato es apropiado y específico, pero carece de plausibilidad (exposición inverosímil). Veamos cómo reacciona el proceso civil chileno a cada uno de estos casos

⁵⁵ Sobre la evolución hacia la ficción legal en el contexto del proceso romano-canónico BÜLOW (1879), pp. 11-17.

⁵⁶ Artículos sin referencia son del Código de Procedimiento Civil chileno.

⁵⁷ Artículos 254 N° 4 y 309 N° 3, respectivamente.

⁵⁸ P. ej., RODRÍGUEZ (2010), p. 20.

⁵⁹ PALOMO (2014), p. 221.

⁶⁰ Siguiendo la expresión de la Corte Suprema de 1958 (REPERTORIO (2011), art. 254 N° 1 XIII); Corte de La Serena, Rol N° 1677-2006, 4.5.2007, c. 2°; Corte de Santiago, Rol N° 2540-2008, 14.8.2009, c. 1°; Rol N° 3096-2015, 3.6.2015, c. 1°; Corte de Rancagua, Rol N° 994-2008, 16.10.2009, c. 2°.

de afirmación defectuosa. Como muestran los ejemplos comparados, la mecánica de la carga de la afirmación depende del efecto atribuido a la incomparecencia. En Chile es la negación ficta de los hechos de la demanda.

5.1. La negación ficta de los hechos en el proceso civil chileno

El CPC no prevé coerción ni confesión ficta contra la incomparecencia. Más bien siguió al derecho español moderno. La evolución de las leyes castellanas terminó por desplazar la coerción para adoptar la *contestación ficta* como efecto de la incomparecencia.⁶¹ Esta fue la figura adoptada por el CPC para regular la actitud del demandado ante la demanda. La contestación ficta supone la negación de todos los hechos de la demanda;⁶² por cierto, se mantuvo el lenguaje hispano-medieval de “emplazamiento” y “rebeldía”.

Bajo este modelo, cabe preguntarse qué propósito cumple el requisito de “exposición clara de los hechos”? Un comentarista de la época de la promulgación del CPC la responde a partir de la justificación que figura en Las Siete Partidas: “sin ella no le sería posible al demandado allanarse a la pretensión del demandante ni rebatirla con pleno conocimiento de causa”.⁶³ Hoy se destaca que además sirve “para saber, con posterioridad, qué hechos han sido reconocidos y cuáles, en cambio, han sido controvertidos, lo que influirá, decididamente, en la recepción de la causa a prueba; y, por último, facilita también al tribunal el establecimiento de los hechos en la sentencia definitiva, mediante la ponderación o examen de las pruebas pertinentes que se hayan rendido”.⁶⁴

Todas estas reflexiones no pueden sino compartirse. No hay duda que un mayor grado de información sobre la pretensión es útil para el adversario y facilita un proceso claro y expedito. Sin embargo, estas consideraciones no se hacen cargo de un problema central: ¿qué ocurre si simplemente no se exponen claramente los hechos? Para que la carga de la afirmación pueda desplegar los atributos que sobre ella se predicán, es necesario que su inobservancia tenga consecuencias. En los ejemplos comparados, es la posibilidad de denegación de la orden de emplazamiento (en el sistema de contestación forzada) y de sentencia desfavorable (en el de confesión ficta) lo que impulsa hacia una exposición clara y jurídicamente adecuada de los hechos. Para determinar en qué sentido la exposición clara de los hechos es

⁶¹ Un paso importante fue el Ordenamiento de Alcalá (1348) que en su Capítulo X permite, en caso de rebeldía, proceder “asy como si fuese el pleito contestado”.

⁶² “...pues la contestación de la demanda ficta implica negación total y absoluta de los hechos contenidos en la demanda”. CASARINO (2007), p. 37.

⁶³ TORO y ECHEVERRÍA (1902), p. 260, con referencia a P. 3,2,40 (p. 259).

⁶⁴ CASARINO (2007), pp. 22 s.

“requisito” de la demanda o contestación en el sistema chileno de negación ficta, deben examinarse los efectos del incumplimiento de la carga de la afirmación.

5.2. ¿Relato adecuado como requisito de admisibilidad?

Una primera posibilidad sería entender la exigencia de un relato adecuado de los hechos como requisito de admisibilidad de la demanda y contestación (“admisibilidad” en el sentido amplio de control preliminar de la presentación).⁶⁵ Si bien el emplazamiento del CPC conlleva un apercibimiento leve comparado con otros sistemas (finge la negativa total del rebelde, y no la aceptación), la incomparecencia tiene consecuencias desfavorables. Conforme a la regla de fatalidad consagrada en el artículo 64 I, el transcurso de los plazos de la etapa de discusión hace precluir las facultades de excepcionar (artículos 257, 309) y adicionar (artículo 312). La amenaza de preclusión da fuerza al siguiente argumento: es injusto apercibir a una parte con la extinción de sus facultades cuando la insuficiencia, ambigüedad o verborrea del relato objeto de traslado hace imposible responder razonablemente. Es decir, no se justifica dar traslado bajo el apercibimiento legal del artículo 64 I respecto a presentaciones que incumplen los artículos 254 N° 4 o 309 N° 3. La parte apercibida debe estar en condiciones de reunir y evaluar los medios de prueba disponibles y, sobre esa base, negar o confesar hechos y plantear excepciones de forma atinente. Frente a un relato incoherente, la fatalidad del plazo pierde toda función disciplinadora y genera el efecto contrario a su propósito: la contraparte se verá obligada a defenderse a golpe ciego, aportando afirmaciones igualmente defectuosas, trabándose una contienda mal concebida y distendiéndose el proceso.

Ante esos peligros, la carga de “exposición clara de los hechos” podría ser una herramienta efectiva para evitar apercibimientos contra-productivos. Su cumplimiento podría simplemente ser requisito de admisibilidad y traslado de los escritos de demanda y contestación. La amenaza de preclusión sólo operaría respecto de presentaciones con relatos apropiados, específicos y completos, asegurando, en caso de negación (sea expresa o ficta), un probatorio enfocado en asuntos acotados.

No es este el rol de la admisibilidad en nuestro proceso civil. Por más inadecuado que sea el relato del demandante, hasta el punto de la incomprensión, el juez carece de la facultad de denegar emplazamiento. El control de admisibilidad del artículo 256 no recae sobre la exposición de los hechos, sino que se limita a los requisitos formales de las primeras tres indicaciones del artículo 254. Así, aunque

⁶⁵ A diferencia de la idea anglosajona de admisibilidad de la evidencia que controla la aplicación de las reglas de exclusión respecto a evidencia relevante.

la ley disponga que la demanda (y la contestación) "debe contener" una exposición clara de los hechos, su contravención no impide su admisibilidad.

5.3. Relato adecuado como requisito de aptitud del libelo

Entonces, según derecho procesal vigente, los jueces civiles están obligados a dar traslado de todo tipo de disparates: de narraciones sobreabundantes, relatos disonantes, vaguedades inexpressivas y/o conjeturas inverosímiles (los cuatro tipos de defectos expuestos arriba). La contraparte quedará válidamente emplazada para contestar o replicar tales desaciertos. El único facultado para evitar que pasen a formar parte de la contienda es el demandado. Sólo él (no el replicante) dispone de la excepción de ineptitud del libelo. Según una expresión estándar de la Corte Suprema, ésta procede contra una demanda "mal formulada, ininteligible o vaga"⁶⁶ y se justifica en la medida que la ininteligibilidad de la demanda "afecte el derecho de la contraparte a poder defenderse, por la incompreensión de la misma"⁶⁷ y sea imposible "llevar a cabo una adecuada defensa".⁶⁸ Así, la acertada canalización jurídica del conflicto queda al arbitrio del demandado y su parecer sobre la inteligibilidad de la demanda. Esta situación genera un *doble peligro de dilatación* del proceso. Por un lado, permite alegar ineptitud de libelo con mera intención de obstruir el proceso, en ausencia de un problema de adecuación. Por el otro, el demandado puede abstenerse de alegar una ineptitud justificada. Sea por negligencia o estrategia, el demandado podría "dejar pasar" una demanda desatinada o difusa y limitarse a contradecir y excepcionar con una vaguedad similar.⁶⁹ En estos casos, el incumplimiento de la carga de la afirmación queda, nuevamente, sin consecuencia, abriendo camino a un probatorio engorroso e ineficiente.

El consenso procesalista contemporáneo es que una prueba ineficiente no sólo encarece el litigio para las partes, sino que también malgasta recursos públicos. Por eso, evitar el derroche procesal es de interés general. Tomando en cuenta que, salvo la ineptitud de libelo a iniciativa del demandado, no hay nada que evite que se trabé una contienda defectuosa, debemos preguntarnos si, al menos, el juez

⁶⁶ El Repertorio la registra por primera vez en la Corte de Valdivia, el 19.6.1914 (REPERTO- RIO (2011), art. 303, N° 27). Es la fórmula empleada hasta la fecha por la Corte Suprema. Ejemplos recientes de la Primera Sala: CS, Rol N° 24208-2014, 11.3.2015, c. 4°; Rol N° 15.907-2015, 12.5.2016, c. 5°; Rol N° 8645-2015, 15.3.2016, c. 7°. Una expresión similar: "texto ininteligible, oscuro o vago" CS, Rol N° 9666-2012, 11.6.2013 (Tercera Sala), c. 5°.

⁶⁷ CS, Rol N° 15907-2015, 12.5.2016, c. 5°; CS, Rol N° 8.645-2015, 15.3.2016, c. 7°.

⁶⁸ CS, Rol N° 6361-2012, 7.5.2013, c. 7°.

⁶⁹ En efecto, esta es la única opción del demandante llamado a replicar una contestación que no cumple con la claridad exigida por el artículo 309 N° 3 CPC, ya que no dispone de la excepción de ineptitud del libelo.

chileno tiene facultades para negarse a recibir a prueba un contradictorio fundado en exposiciones de hecho inadecuadas.

5.4. ¿Relato adecuado como requisito de acceso a la prueba?

El artículo 318 I⁷⁰ impone al juez el *deber* de recibir la causa a prueba sobre hechos substanciales y pertinentes controvertidos ("el juez *examinará* por sí mismo los autos").⁷¹ Ante una contienda trabada de forma defectuosa, cabe preguntarse por el alcance de ese deber. Para eso, examinemos si los conceptos de "substancialidad" y "pertinencia" permiten al juez prevenir probatorios defectuosos, es decir, aquéllos sobre controversias jurídicamente inadecuadas en los cuatro sentidos explicados arriba.

5.4.1. EL PROBATORIO SUPERFLUO

La doctrina nos ofrece un magro concepto de "substancialidad y pertinencia". Enseña que un hecho substancial es "aquel que integra de modo tan esencial la controversia que sin su prueba no se puede adoptar resolución alguna".⁷² En otro lugar se exige que los hechos, para ser substanciales y pertinentes, "tengan conexión con el asunto en debate dentro del pleito y que de su existencia o inexistencia dependa el derecho o la consecuencia jurídica que se reclama".⁷³ Esas precisiones se acercan al concepto de afirmaciones *apropiadas* para integrar el supuesto de hecho de las normas invocadas.⁷⁴ Así, en presencia de uno o varios hechos controvertidos

⁷⁰ "Concluidos los trámites que deben preceder a la prueba, ya se proceda con la contestación expresa del demandado o en su rebeldía, el tribunal examinará por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos substanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer."

⁷¹ Sobre el carácter imperativo del artículo 318 CPC: Por ejemplo, CS, Rol N° 28946-2015, 25.4.2016, c. 9°.

⁷² PALOMO (2014), p. 223. Otras fórmulas: "...hechos esenciales para resolver la cuestión (...) sin los cuales no se pueda pronunciar la decisión del asunto controvertido, de modo que necesariamente el juez debe darlos o no por acreditados para pronunciar su sentencia definitiva." CAROCCA (2003), p. 103; "Se entienden por hechos substanciales controvertidos los pertinentes al pleito, los hechos relacionados con la litis, y no otros, porque durante la secuela del juicio pueden discutirse muchas cosas impertinentes a él, y que no son consideradas sustanciales por el tribunal." RODRIGUEZ (2010), p. 63. La pertinencia se define de forma parecida, sin que quede clara la diferencia: pertinente es un hecho que "se vincula al conflicto y es necesario para la respuesta jurisdiccional" PALOMO (2014), p. 223; "aquellos hechos que son útiles para la decisión del conflicto" CAROCCA (2003), p. 103.

⁷³ CASARINO (2007), p. 51.

⁷⁴ Acá el "hecho apropiado" y el "supuesto de hecho" están en una relación similar a la de "hecho probatorio" (que es el objeto de diligencias probatorias) y "hecho principal" (que se expresa

que no integran los supuestos pertinentes, el juez puede y debe omitirlos en la interlocutoria de prueba. La Corte Suprema ha declarado que “no puede pretenderse que sean puntos controvertidos las alegaciones, razonamientos o peticiones incidentales de las partes que no invisten jurídicamente el carácter de acción o excepción”.⁷⁵ Por consiguiente, el artículo 318 permite eliminar de la prueba los hechos controvertidos “disonantes”, evitando así un probatorio sobre irrelevancias; en caso que no se haya contradicho hecho sustancial alguno, el juez deberá omitir el probatorio (artículo 313 I, segunda alternativa).

5.4.2. EL PROBATORIO PARCIAL

La disonancia con las normas aplicables no es el único problema. Arriba distinguimos un segundo caso de inadecuación: la exposición incompleta. Ésta consiste en la omisión de afirmaciones sobre uno o varios supuestos constitutivos de la acción o excepción invocada. No hay norma en el CPC que faculte al juez para negar la prueba de una pretensión expuesta de forma incompleta. En la medida que se aleguen, aun de forma incompleta, hechos sustanciales y controvertidos, el juez no puede prescindir del término probatorio (artículo 313 I).⁷⁶ En ese caso, se realizará un probatorio especulativo. La parte del relato incompleto apostará a que las pruebas sobre los otros requisitos revelen la información que omitió. Si eso no ocurre el tribunal constatará en la sentencia, después de un probatorio parcial e inútil, que no se alegaron hechos para dar por efectivos los requisitos no afirmados.

5.4.3. EL PROBATORIO INESPECÍFICO

En la práctica es improbable que un litigante omita por completo afirmaciones sobre los requisitos de su pretensión. Más común es el tercer caso, de la exposición inespecífica. Un ejemplo se lee en una sentencia de apelación de la Corte de Concepción. La actora pretendía la indemnización de un daño moral, pero no habla especificado los hechos en que se fundaba la pretensión. La Corte rechazó el recurso destacando “que la actora no especifica cosa alguna en su demanda (...) sobre este daño, limitándose a reclamar \$10.000.000 por concepto de daño moral...”⁷⁷ En

en la norma jurídica) que sugiere Larroucau para orientar la comprensión de la sustancialidad del artículo 318 CPC. Según el autor, un hecho sustancial es el hecho probatorio definido desde el hecho principal expresado en la norma jurídica. LARROUCAU (2017), pp. 162, 170. El juez debe desglosar la hipótesis de la norma “en una serie de proposiciones simples que se someten a prueba. Estos son los ‘hechos sustanciales controvertidos’ a que alude la ley chilena” (pp. 173 s.).

⁷⁵ CS, 26.3.1966, citada en RIOSECO (1995), p. 112.

⁷⁶ “Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica.”

⁷⁷ Corte de Concepción, Rol N° 926-2007, 23.3.2007, c.4°.

otros términos, la actora no cumplió su carga de la afirmación al incurrir en una exposición inespecífica. De todas formas se procedió a un probatorio inútil: “la testimonial atinente al daño moral no puede ser considerada desde que no obedece a la base fáctica de la acción, por lo que la acción carece de base fáctica expresada; la demanda sólo tiene denominación: ‘daño moral’, y monto pedido. No se dice en qué consiste, cómo apunta la demandada en su contestación y alegato en la vista de la causa. Los hechos que deban servir de base a una demanda tienen que expresarse en ella”.⁷⁸

El ejemplo muestra con claridad la inutilidad de un probatorio sobre hechos *inespecíficos*. Éste tendrá lugar en dos casos: (i) cuando, habiéndose dado traslado de una exposición inespecífica, la contraparte controvierte de forma genérica la totalidad de los hechos o con un grado similar de vaguedad (como en el ejemplo); o, (ii) cuando se aplica la negación ficta por rebeldía a un relato inespecífico. En estos casos nada puede hacer el juez para impedir un probatorio desbordante. En vez de eso, tendrá el ingrato *deber* de transformar las divagaciones antagónicas en una lista de hechos a probar. Ante tales circunstancias, parece imposible atender al llamado de las Cortes de Apelaciones de fijar los hechos controvertidos “...con precisión, teniendo en cuenta los hechos discutidos y pertinentes de la causa a fin de que se formulen preguntas concretas a los testigos y no depongan sobre hechos vagos e indeterminados”.⁷⁹ Larroucau ha sostenido, coincidiendo con esta jurisprudencia, que “[p]or razones de eficiencia, el número de hechos incluidos en esta resolución debe ser acotado; y, como ella tiene que capturar el conflicto en sus términos relevantes, *no debe incluir hechos genéricos*” (cursiva agregada).⁸⁰ No veo cómo, ante la traba de una contienda inespecífica, el juez podría precisar los relatos en conformidad con la ley. La única forma es ordenando indagaciones por iniciativa propia, lo que llevaría a los jueces a vulnerar regularmente el principio de aportación de parte que cimienta todo proceso civil. De este modo, sin alternativa, los jueces se ven forzados a abrir un probatorio sin contornos. Esto conlleva un derroche de recursos, como también el peligro de abuso del probatorio para hostigar al adversario o entrometerse en su esfera privada.⁸¹

⁷⁸ Corte de Concepción, Rol N° 926-2007, 23.3.2007, c. 5°.

⁷⁹ REPERTORIO (2011), art. 318, N° 2 V.

⁸⁰ LARROUCAU (2017), p. 168, remitiéndose a RIOSECO (1995), p. 156: “se frustraría el espíritu de la ley [art. 318 inciso 1°] al remitir a las partes a los escritos del proceso para determinar las bases probatorias, ya que los hechos están en dichas minutas o presentaciones, muchas veces expuestos en forma confusa, vaga, cuando no contradictoria”.

⁸¹ Un sistema procesal que permite ordenar exhibiciones e indagaciones sobre la base de relatos inespecíficos se presta para abuso. Surge el peligro que los litigantes activen, bajo cualquier pretexto, los mecanismos procesales de obtención de información con el solo fin de investigar la esfera privada o comercial del adversario. En los Estados Unidos, por ejemplo, el riesgo de abuso es

5.4.4. PROBATORIO SOBRE HECHOS INVEROSÍMILES

El juicio de plausibilidad del relato presupone un planteamiento apropiado, específico y completo de los hechos. Además, requiere la revelación de las fuentes de información que sustentan las afirmaciones de las partes. Sólo así el juez está en condiciones de evaluar su plausibilidad desde las máximas de la experiencia, sin emprender indagaciones propias incompatibles con el principio de aportación de partes. Atendido que en el sistema del CPC ni siquiera se controla la especificidad o completitud del relato de las partes, menos probable es encontrar espacio para un control de seriedad de las presentaciones.

5.5. Falta de un control efectivo del cumplimiento de la carga de la afirmación

En síntesis, en Chile la carga de la afirmación opera de forma deficiente en dos sentidos: (1) antes de formarse la contienda, la decisión de controlar la adecuación depende exclusivamente del demandado (artículos 256 y 303 N° 4), sin que el juez pueda intervenir en la temprana y adecuada canalización jurídica del conflicto; (2) una vez contestada la demanda, el juez sólo puede bloquear un probatorio sobre hechos irrelevantes por no ser subsumibles (artículos 313 y 318), pero no evitar un probatorio inútil o desbordante por falta de afirmaciones esenciales o por haberse trabado una contienda sobre generalidades.

En esas condiciones, la carga de la afirmación sólo puede cumplir la función de asegurar que hechos no subsumibles queden fuera del probatorio. En caso de exposiciones incompletas o inespecíficas, el proceso civil chileno no deja más opción que someterse a un probatorio defectuoso para después rechazar la acción o excepción mal expuesta. En el caso chileno, el problema no es la falta de normas que exijan adecuación y especificidad (véanse artículos 254 N° 4 y 309 N° 3, 313, 318) sino la falta de control de cumplimiento de estas normas. El hecho que no se problematice la delimitación del objeto del juicio antes de la sentencia no se debe sólo a un aspecto de aproximación teórica propia del "giro epistémico", como sostiene Larroucau,⁸² sino a que el CPC carece de normas que aseguren que la controversia se precise con anterioridad. Dada esta situación, tiene sentido que las Cortes digan con más resignación que autoridad: "La ausencia de una clara exposición de los hechos determina la traba defectuosa de la litis y, por lo mismo,

uno de los principales problemas del *discovery*. Además, dados sus altos costos, es común emplearlo como método de presión al demandado para llegar a acuerdo ("*nuisance-value settlement*") KOZEL y ROSENBERG (2004), p. 1851.

⁸² LARROUCAU (2017), pp. 165, 174.

la producción de una prueba también defectuosa. Y siendo así, la sentencia deberá forzosamente rechazar la demanda."⁸³

Conuerdo con Larroucau cuando enfatiza la necesidad de "una disposición que les imponga ciertos requisitos [a los abogados] y fije consecuencias a su infracción, tal como ocurre en el ámbito comparado".⁸⁴ Aunque, a diferencia de él, no creo que el problema sean "las viejas reglas del Código de Procedimiento Civil, que solo exigen a las partes una 'exposición clara de los hechos' (arts. 254 N° 4 y 309 N° 3)". Esa fórmula es fácil de interpretar en el sentido de exigir afirmaciones apropiadas, completas y específicas. La necesidad de reforma está en el control de su infracción mediante un examen de admisibilidad de la demanda (ampliando el artículo 256) y de la contestación que permita controlar las afirmaciones iniciales, junto con una reformulación de los artículos 313, 318 en el sentido de requerir especificidad y plausibilidad para la apertura de la prueba.

6. CONCLUSIÓN A LA LUZ DE LA REFORMA DEL PROCESO CIVIL

Mucho se ha escrito sobre la ineficiencia, lentitud y sobrecarga de la justicia civil chilena y la necesidad de reforma del proceso vigente. Sin embargo, la crítica es exigua al momento de discernir sobre las causas de estos problemas.⁸⁵ Este artículo ha buscado aportar claridad, desde la experiencia comparada, sobre una de estas causas: *el probatorio mal preparado*. Según se expuso, el problema no tiene que ver con la prueba, sino con la etapa de afirmación y discusión. Es precisamente en esta fase donde deben operar los incentivos para fijar una controversia acotada y organizarse un probatorio mínimo.

La inoperancia de la fase de afirmación del CPC sin duda refuerza la urgencia de reforma. El Proyecto del Código Procesal Civil está mucho mejor equipado para controlar la adecuación y plausibilidad de las afirmaciones. Primero, exige especificar (artículos 253 N° 4 y 271 N° 3) y ofrecer (artículos 254 y 255) los medios de prueba. Esta exigencia de respaldo concreto tenderá a reducir el ingreso de afirmaciones inespecíficas y frívolas al proceso.⁸⁶ Además, el control de admisibilidad (artículo 258) incluye un examen de la exposición de los hechos y permite

⁸³ REPERTORIO (2011), art. 254, N° 10 IV.

⁸⁴ LARROUCAU (2017), p. 171.

⁸⁵ Diagnóstico de RIEGO y LILLO (2015), p. 49.

⁸⁶ En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, José Pedro Silva Prado destacó esta función de los artículos 254 y siguientes: "...lo que se pretendía con esta norma era velar por la buena fe y por la lealtad procesal como también evitar litigios oportunistas, es decir, aquellos que se van construyendo en el camino y que se acomodan a las pretensiones de las partes." INFORME COMISIÓN (2013), p. 295 (cursiva agregada).

así desechar lo inadecuado y especulativo.⁸⁷ El juez estará bajo presión de hacerlo, toda vez que la carga de la parte de pronunciarse "categórica y precisamente" sobre hechos y documentos de su adversario, que se introducirá en los artículos 272 y 274, sólo es exigible respecto de afirmaciones adecuadas y plausibles. Finalmente, en la audiencia preliminar (artículos 280 y 281), el juez puede canalizar el debate y restringir la prueba a un destilado compacto de controversias apropiadas, específicas y plausibles, tras aplicar el requisito de sustancialidad del artículo 281. Con todo, el ideal de una prueba concentrada sólo se alcanzará mediante la correcta aplicación de estas normas. Para este propósito es esencial entender claramente la diferencia entre afirmar y probar.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKHAUS, GERRIT (2010): *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- BREHM, WOLFGANG (1982): *Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung* (Tübingen, J.C.B. Mohr).
- BREYER, MICHAEL (2006): *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- BRINKMANN, MORITZ (2005): *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht* (Köln/Berlin/München, Carl Heymanns Verlag).
- BROSE, JOHANNES (2008): "Substantiierungslast im Zivilprozess", en: *Monatsschrift für Deutsches Recht* N° 23, pp. 1315-1319.
- BÜLOW, OSKAR (1879): "Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten", en: *Archiv für die civilistische Praxis*, tomo 62, pp. 1-96.
- CALAMANDREI, PIERO (1984): *Providencias Cautelares* (traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).
- CAPPELLETTI, MAURO (Ed.) (1981): *Access to Justice and the Welfare State* (Dordrecht, Springer).
- CAROCCA P., ALEX (2003): *Manual de Derecho Procesal* (Santiago, LexisNexis Chile), tomo II.
- CASARINO V., MARIO (2007): *Manual de Derecho Procesal* (6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo IV.
- DAMASKA, MIRJAN (1997): "Rational and Irrational Proof Revisited", en: *Cardozo, Journal of International and Comparative Law*, t. 5, pp. 25-39.

⁸⁷ Así también Silva Prado, quien explicó "que esta norma pretendía evitar juicios que no tienen destino, estableciendo desde el principio un mecanismo depurador que evite juicios inútiles." INFORME COMISIÓN (2013), p. 301.

- ENGISCH, KARL (1963): *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (3ª ed., Heidelberg, Carl Winter).
- ENGISCH, KARL (2010): *Einführung in das juristische Denken* (11ª ed., Stuttgart, Kohlhammer).
- FRANCIONI, FRANCESCO (Ed.) (2007): *Access to Justice as a Human Right* (Oxford/ New York, Oxford University Press).
- FRITSCHKE, JÖRN (2016): Kommentierung der §§ 128-165, en: Rauscher, Thomas; Krüger, Wolfgang (Eds.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, tomo I (5ª ed., München, C.H. Beck).
- GRAVELLE, HUGH (1995): "Regulating the Market for Civil Justice", en: Zuckerman, Adrian; Cranston, Ross (Eds.): *Reform of Civil Procedure - Essays on "Access to Justice"*, pp. 279-325.
- GRUNSKY, WOLFGANG (2006): "Kommentierung der §§ 355-401", en: Stein, Friedrich; Jonas, Martin (Eds.): *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (22ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck), tomo V.
- INFORME COMISIÓN (2013): Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de 27.11.2013 (www.camara.cl).
- JAMES, FLEMING; HAZARD, GEOFFREY; LEUBSDORF, JOHN (2001): *Civil Procedure* (5ª ed., New York, Foundation Press).
- KAGAN, ROBERT A. (2003): *Adversarial Legalism* (Cambridge/London, Harvard University Press).
- KASER, MAX (1966): *Das römische Zivilprozessrecht* (München, C.H. Beck).
- KOZEL, RANDY; ROSENBERG, DAVID (2004): "Solving the Nuisance-Value Settlement Problem: Mandatory Summary Judgment", en: *Virginia Law Review*, vol. 90, pp. 1849-1907.
- LANG, JOHANNES (1999): *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (Berlin, Duncker und Humblot).
- LARENZ, KARL (1991): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6ª ed., Berlin/Heidelberg, Springer).
- LARENZ, KARL (1994): *Metodología de la ciencia del derecho* (traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel).
- LARROUCAU T., JORGE (2013): "Tres lecturas de la buena fe procesal", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 21, pp. 259-305.
- LARROUCAU T., JORGE (2017): "Razonamiento hermenéutico y "hechos sustanciales controvertidos", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 N° 1, pp. 149-183.
- LAUMEN, HANS-WILLI (2016): "Die Grundlagen des Beweisrechts", en: Baumgärtel, Gottfried; Laumen, Hans-Willi; Prütting, Hanns: *Handbuch der Beweislast - Grundlagen* (3ª ed., Köln, Carl Heymanns Verlag).

- LEIPOLD, DIETER (1966): *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten* (Berlin, Duncker & Humblot).
- LUHMANN, NIKLAS (2008): *Rechtssoziologie* (4ª ed., Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften).
- PALOMO V., DIEGO (2014): "La fase de prueba", en: Bordalf S., Andrés; Cortez M., Gonzalo; Palomo V., Diego: *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (2ª ed., Santiago, LegalPublishing Chile), pp. 205-397.
- PETERS, EGBERT (1966): *Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß* (Köln/Berlin, Grote).
- PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; COPANI, JUAN (2006): "Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII, pp. 155-183.
- PÉREZ RAGONE, ÁLVARO (2008): "La rebeldía en diversos modelos procesales de la Edad Media", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXX, pp. 289-314.
- PRÜTTING, HANNS (1983): *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (München, C.H. Beck).
- RAMOS V., ISABEL (2005): "El proceso en rebeldía en el derecho castellano", en: *Anuario de Historia del Derecho Español* N° 75, pp. 721-754.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia (2011): *Código de Procedimiento Civil*, tomo II (4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RESNIK, JUDITH (1982): "Managerial Judges", en: *Harvard Law Review*, vol. 96, pp. 376-448.
- RIEGO, CRISTIÁN (2014): "El sistema de 'Case management' y su aplicación en el contexto chileno", en *Sistemas Judiciales - Una perspectiva integral sobre la administración de justicia* (CEJA, Año 14, N° 18), pp. 76-82.
- RIEGO, CRISTIÁN; LILLO, RICARDO (2014): "Las Unidades de Justicia Vecinal en Chile y sus modelos en la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLIII, pp. 385-417.
- RIEGO, CRISTIÁN; LILLO, RICARDO (2015): "¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil? Aportes para la reforma", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 25, pp. 9-54.
- RIOSECO, EMILIO (1995): *La prueba ante la jurisprudencia* (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile) tomo I.
- RODRÍGUEZ PAPIC, IGNACIO (2010): *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía* (7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROSENBERG, LEO (1956): *La carga de la prueba* (Traducción de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).
- ROSENBERG, LEO (1965): *Die Beweislast* (5ª ed., München, C.H. Beck).

- ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; GOTTWALD, PETER (2010): *Zivilprozessrecht* (17ª ed. München, C.H. Beck).
- RÜTHERS, BERND; FISCHER, CHRISTIAN; BIRK, AXEL (2013): *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre* (7ª ed. München, C.H. Beck).
- SCHILKEN, EBERHARD (2014): *Zivilprozessrecht* (7ª ed. München, Franz Vahlen).
- SOLUS, HENRY; PERROT, ROGER (1991): *Droit judiciaire privé Paris Sirey*, tomo III.
- STADLER, ASTRID (2017): "Kommentierung der §§ 128-165 ZPO", en: Musielak, Hans-Joachim; Voit, Wolfgang, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (14ª ed., München, Franz Vahlen).
- STÜRNER, ROLF (1976): *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (Tübingen, J.C.B. Mohr).
- STÜRNER, ROLF (1982): *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß* (Tübingen, J.C.B. Mohr).
- STÜRNER, ROLF (1987): "U.S. amerikanisches und europäisches Verfahrensverständnis", en: *Festschrift für Ernst C. Stiefel* (München, C.H. Beck), pp. 763-784.
- STÜRNER, ROLF (2013): "Die zeitliche Konzentration des Verfahrensablaufs in ausgewählten europäischen Prozessrechten", en: *Festschrift für Karl Eichele* (Baden-Baden, Nomos), pp. 409-420.
- TARUFFO, MICHELE (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Traducción de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons).
- TEUBNER, GUNTHER (1984): "Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", en: *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (Baden Baden, Nomos), pp. 289-344.
- TORO MELO, DAVID; ECHEVERRÍA Y REYES, ANÍBAL (1902): *Código de Procedimiento Civil Anotado* (Santiago, edición oficial).
- ZUCKERMAN, ADRIAN (Ed.) (1999): *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Oxford, Oxford University Press).
- ZUCKERMAN, ADRIAN (2013): *On Civil Procedure* (3ª ed. London, Sweet & Maxwell).