



La carga de la prueba como fundamento del esclarecimiento de los hechos y del manejo de la confidencialidad en el proceso civil

The Burden of Proof as a Basis for Fact-Finding and Confidentiality Management in Civil Procedure

THOMAS VOGT GEISSE^{*}

Resumen

En el medio hispanoparlante han surgido influyentes voces exigiendo erradicar la figura de la carga de la prueba. Este artículo busca revelar los puntos ciegos de esa postura y mostrar la indispensable función que la figura cumple en los procesos civiles contemporáneos. Se mostrará que es una institución indispensable para asegurar decisiones judiciales legítimas en contextos de incertidumbre fáctica (carga de la prueba objetiva) y para asegurar la autonomía privada de las partes en el marco del esclarecimiento procesal de los hechos (carga de la prueba subjetiva). A la vez se explicará la importancia de la carga de la prueba en su relación con deberes procesales de esclarecimiento y con el manejo del incidente de confidencialidad en caso de que la publicidad del proceso civil ponga en riesgo un legítimo interés de confidencialidad. Si bien se hace referencia al derecho y a la doctrina de Chile y de otros países, las reflexiones de este artículo buscan aclarar el rol de la carga de la prueba a nivel teórico y no respecto de una legislación en particular.

Palabras clave: *Derecho probatorio; Proceso civil; Carga de la prueba; Cooperación procesal; Confidencialidad procesal.*

Abstract

In the Spanish-speaking legal community, influential voices have called for the eradication of the burden of proof. This article aims to expose the blind spots of that position and demonstrate the indispensable role that this concept plays in contemporary civil proceedings. It will show that the burden of proof is essential for ensuring legitimate judicial decisions in contexts of factual uncertainty (objective burden of proof) and for safeguarding the parties' private autonomy within the framework of procedural fact-finding (subjective burden of proof). Furthermore, the article will explain the importance of the burden of proof in its relationship with procedural duties and its role in resolving confidentiality issues, particularly when the public nature of civil proceedings poses a risk to legitimate confidentiality interests.

Keywords: *Law of Evidence; Civil Procedure; Burden of Proof; Procedural Cooperation; Procedural Confidentiality.*

^{*} Universidad de Chile (thomasvogt@derecho.uchile.cl). ORCID: 0000-0002-9169-8306. Este trabajo es producto del Proyecto Fondecyt Iniciación 11220600: "La justicia en vitrina. Un estudio dogmático sobre los riesgos de la publicidad judicial y su adecuada limitación" (ANID, 2022-2025) del cual el autor es investigador responsable. Artículo recibido el 17 de enero de 2025 y aceptado para publicación el 9 de septiembre de 2025. Traducido por Mauricio Reyes.

Cómo citar este artículo:

VOGT, Thomas (2025). "The Burden of Proof as a Basis for Fact-Finding and Confidentiality Management in Civil Procedure", *Latin American Legal Studies*, Vol. 13 N° 2, pp. 193-231.

I. INTRODUCCIÓN

La carga de la prueba es “una de las problemáticas más complicadas en el derecho procesal”.¹ A la vez, es una institución indispensable para derecho moderno. Como expondré en este trabajo, permite el ejercicio transparente y controlable de la jurisdicción en casos de incertidumbre definitiva sobre hechos jurídicamente relevantes (carga de la prueba objetiva). En materia civil patrimonial, además, dibuja el ámbito de autonomía de las partes en el manejo de su conflicto (carga de la prueba subjetiva). Los influyentes llamados a abolir las normas de la carga de la prueba, sea en su totalidad² o solo en su dimensión subjetiva,³ malentienden o ignoran estas funciones, complicando aún más la comprensión de la figura. Sus defensores, a su vez, no logran hacer ver el valor de la institución, sino que centran su defensa en la seguridad jurídica o su utilidad como mecanismo para despertar incentivos.

Este artículo se propone revelar la función y justificación de la carga de la prueba en el proceso civil moderno y su relación con los deberes de esclarecimiento y las pretensiones de confidencialidad cada vez más importantes.⁴ Comenzaré exponiendo las posturas de los “abolicionistas” y de importantes defensores de la carga de la prueba (II). A continuación, mostraré la función y justificación de las normas de la carga de la prueba objetiva (III) y subjetiva (IV). Así quedará de manifiesto su importancia para la comprensión de deberes de esclarecimiento de las partes y la resistencia a colaborar por razones de confidencialidad (V), para finalmente cerrar con las conclusiones (VI).

Cabe aclarar que no pretendo abordar (y menos defender) las “cargas probatorias dinámicas”. Esta figura se basa en una grave confusión entre la función de distribución de riesgos, propia de la carga de la prueba subjetiva, y los deberes de las partes de colaborar frente a un déficit probatorio. Como se verá (*infra*, 4.3), esa distinción – entre carga y deber – es esencial para comprender los procesos civiles contemporáneos que cada vez agudizan más la tensión entre el esclarecimiento procesal sometido a exigencias de publicidad, por un lado, y legítimos intereses de confidencialidad que se oponen al esclarecimiento, por el otro.⁵ En esa comprensión, está fuera de lugar la teoría de una distribución la carga de la prueba vía decisión judicial según las circunstancias del caso, que debe ser rechazada. En este punto adhiero plenamente a la tesis “abolicionista”. Mi crítica se dirige exclusivamente a la pretensión de, además, erradicar las normas de distribución legal de la carga de la prueba.

Como advertencia metodológica se debe tener en cuenta que este trabajo tiene pretensión teórica y no dogmática. Esto significa que busca aclarar el rol de la carga de la prueba para todo proceso civil moderno regido por los principios de inexcusabilidad, dispositivo, aportación de parte, libertad probatoria, etc. No pretende ofrecer interpretaciones para una legislación particular. Las referencias al derecho y a la doctrina de Chile y a otros

¹ HUNTER (2020), p. 421.

² NIEVA (2019), pp. 23-52 (especialmente, pp. 35-43), convenciendo a TARUFFO (2019), pp. 11-21 (especialmente, pp. 19 s.).

³ FERRER (2019), pp. 53-87 (especialmente, pp. 69-74); GIANNINI (2019), pp. 89-115; DE PAULA (2020), pp. 95-99, 149.

⁴ Véase el artículo 6 de la Directiva 2004/48/CE, el artículo 5 de la Directiva 2014/104/UE y el artículo 9 de la Directiva (UE) 2016/943.

⁵ Ya advierte este problema DE PAULA (2020), pp. 134-139. Una teoría de confidencialidad procesal en juicios públicos se encuentra en VOGT (2025), especialmente pp. 19-31.

ordenamientos jurídicos se aducen solamente para ejemplificar o contrastar con ciertos aspectos desarrollados a nivel teórico.

II. ATAQUES CONTRA LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU DEFENSA

2.1. Conceptos comunes

En términos muy generales, y previo a toda diferenciación, las normas denominadas “de carga de la prueba” determinan a quien perjudica el fracaso de la prueba de un hecho en juicio. Mucho más no se puede decir sin diferenciar. A partir de aquí la dogmática procesal traza una distinción: Por un lado, la carga de la prueba objetiva, como regla de juicio dirigida al juez que le indica cómo fallar en caso de que fracase la prueba (*non liquet*). Por el otro lado, la carga de la prueba subjetiva, que regula la conducta de las partes, asociando una desventaja procesal a la parte que omite el ejercicio de ciertas facultades de alegación y prueba.⁶

2.2. Pretensiones abolicionistas

La obra “Contra la carga de la prueba” es uno de los libros de derecho más difundidos en el público hispanoparlante durante el año 2019.⁷ Reúne las opiniones de cuatro destacados juristas –Jordi NIEVA, Michele TARUFFO, Jordi FERRER y Leandro GIANNINI – que llaman a prescindir de la figura de la carga de la prueba, sea en todas sus formas (a) o en su dimensión subjetiva (b).

a) Pretensión de abolición total de las normas de la carga de la prueba

NIEVA exige eliminar la carga de la prueba.⁸ Esta postura sería resultado ineludible de su estudio de la historia de la institución. Usa un método que se puede describir como funcional-retrospectivo: identifica la función que históricamente ha cumplido la carga de la prueba, constata que en el proceso moderno esa función ya no tiene cabida, que la figura sigue operando por mera inercia y que debemos armarnos de valor para conceder su obsolescencia⁹ y abolición.¹⁰ No me interesa evaluar esta caracterización histórica que, por cierto, considero acertada y bien fundada. Me interesa exponer sus argumentos para declarar inutilidad de la carga de la prueba en los procesos contemporáneos.

Según el autor, en el sistema de valoración legal la carga de la prueba tenía la función de aclarar quién debía probar qué hecho,¹¹ dado que la valoración consistía en dar cumplimiento a las normas de prueba legal que exigían sumar resultados probatorios según quien los aportaba.¹² Todo habría cambiado con el paso al sistema de libre valoración de la prueba.¹³

⁶ Por todos, SCHILKEN/BRINKMANN (2022), pp. 172 s.; en la doctrina chilena, DEL RÍO (2021), pp. 157-160.

⁷ Es el libro de derecho más vendido por la librería Marcial Pons en 2019, <https://www.catedradeculturajuridica.com/es/1743/noticias-contral-carga-de-la-prueba-%C2%A1el-libro-de-derecho-mas-vendido-del-2019!.html> [consulta 23 de diciembre de 2024]

⁸ Además de la obra recién mencionada, ver variantes de los argumentos en NIEVA (2020), pp. 406-407; NIEVA (2024), pp. 118-122.

⁹ NIEVA (2024), pp. 26 s.: “Actualmente la carga de la prueba es solamente una pieza de museo”.

¹⁰ NIEVA (2024), p. 25: “No es fácil decir adiós a aquello que siempre nos acompañó”.

¹¹ NIEVA (2024), p. 35.

¹² NIEVA (2024), pp. 33-35.

¹³ NIEVA (2024), p. 37.

“[Y]a no importa propiamente quién debe probar qué hecho, sino que lo que se pretende es determinar la realidad en general, es decir, la averiguación del hecho, con independencia de quién aporte la prueba” y, por lo tanto, “decae toda utilidad que hasta entonces había tenido la carga de la prueba”.¹⁴

Descarta en pocas líneas la opinión del gran procesalista liberal Adolf Wach en el sentido que el principio de aportación de partes exige mantener la carga de la prueba subjetiva, argumento que atribuye a un temor irracional al principio inquisitivo.¹⁵ Sobre la noción objetiva de la carga de la prueba como regla de juicio opina que no es más que un intento de una doctrina desesperada por “salvar la vida de la institución”,¹⁶ reformulándola como regla para resolver la insuficiencia de prueba al final del proceso. Constatado esto, da el paso más osado en su línea argumental: acusa a la carga de la prueba de fundarse en una irracional desconfianza en la honestidad de las personas:

“En el fondo, la carga de la prueba no es más que una presunción mal construida que permite inferir que quien no tiene prueba de un hecho está alegando un hecho falso”.¹⁷

Pensar que es “lógico y justo que debiere perder el proceso quien no disponía de pruebas para demostrar lo que afirmaba”¹⁸ sería la (equivocada) “idea rectora”¹⁹ de la carga de la prueba. Como esa idea es errónea, la carga objetiva de la prueba sería innecesaria para “evitar un *non liquet* que crearía mayor conflictividad social”. Y ¿por qué sería innecesaria una regla para la insuficiencia probatoria respecto a un hecho? Aquí sostiene la tesis que la lógica de aplicación de las normas de derecho sustantivo supera automáticamente el *non liquet*:

“...lo que hay que hacer es simplemente no darlo por probado. ... No es que no haya sucedido el hecho; lo que sucede es que se ha intentado probar y no ha sido posible demostrar que existe y que no existe. Y ante esta situación, *no se puede aplicar la norma jurídica que parte de su existencia*.” (cursiva agregada).²⁰

En suma, la pretensión abolicionista de NIEVA se construye sobre dos puntos: (1) en sistemas de libre valoración de la prueba dirigidos a la averiguación de la verdad es innecesaria la idea de repartición de cargas subjetivas al inicio del juicio; y (2) una carga objetiva de la prueba es innecesaria porque se sigue de la lógica de la aplicación de las normas de derecho sustantivo que, si los hechos relevantes no se pueden probar, la norma no se aplica. Veremos que ambas tesis son erróneas.

No obstante, TARUFFO se deja convencer de ambas. Respecto a la inutilidad de un reparto previo de cargas:

“... la regla sobre la carga de la prueba no encuentra una aplicación efectiva *en el curso* del proceso y no afecta realmente a las iniciativas probatorias de las partes. De ello se deriva la

¹⁴ NIEVA (2024), p. 37.

¹⁵ NIEVA (2024), pp. 37 s. También descarta los argumentos de Rosenberg sobre el principio de aportación de partes, NIEVA (2024), pp. 40 s.

¹⁶ NIEVA (2024), p. 39.

¹⁷ NIEVA (2024), p. 44.

¹⁸ NIEVA (2024), p. 43.

¹⁹ Título de apartado en NIEVA (2024), p. 42.

²⁰ NIEVA (2024), p. 45.

consecuencia de que únicamente se puede hablar de carga de la prueba en sentido objetivo ya que la carga sólo encuentra aplicación en la decisión final ...”.²¹

Y, con más cautela, adhiere también a la tesis de la inutilidad de la carga de la prueba como regla de juicio:

“... hay razones para dudar que la regla de juicio basada en la distribución de las cargas probatorias realmente tenga una relevancia autónoma. ... [L]a función fundamental del proceso y de la decisión que lo concluye consiste sobre todo en la correcta aplicación del derecho a los hechos del caso específico. ...con ella [esta concepción del proceso] la carga de la prueba, incluso si se entiende en un sentido objetivo, no tiene ninguna conexión necesaria. .../Si hay prueba del hecho constitutivo del derecho afirmado por el actor, se acoge su demanda, mientras que, si este hecho no resulta probado, la solicitud debe ser rechazada porque no resulta existente el derecho sustancial que constituía su objeto. ... en esencia, la decisión que se tomaría correctamente sin tener en cuenta las cargas probatorias, refiriéndose sólo a la prueba o a la falta de ella sobre los hechos que son relevantes en virtud del derecho sustantivo aplicable, termina coincidiendo exactamente con la que se deriva de la utilización de una regla que previese tales cargas.” (cursiva agregada).²²

TARUFFO no exige la eliminación de la carga de la prueba objetiva con el mismo fervor de NIEVA, pero cierra el párrafo con dificultades de resistir la tentación de aplicar la navaja de Ockham.²³ Tal vez intuía que, como veremos, hay buenas razones de por qué la dogmática alemana, que ha reflexionado sobre estos conceptos por más de 200 años, nunca ha considerado promover su abolición; y por qué la carga de la prueba encabeza, aún con mucha vitalidad, el artículo 25 (“Prueba”) de las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil de 2021, reglas que representan un consenso entre los más destacados iusprocesalistas de Europa. Pero antes de revelar el error de esta postura abolicionista radical, revisemos las posturas abolicionistas más moderadas, que se limitan a proponer la eliminación de la carga de la prueba subjetiva, adhiriendo entonces solo a la tesis de la inutilidad de un reparto de cargas al inicio del proceso.

b) Pretensión de abolir la carga de la prueba subjetiva

FERRER se niega a suscribir la tesis de obsolescencia de la carga de la prueba objetiva.²⁴ Su afán abolicionista se limita a la dimensión subjetiva de la institución, es decir, la idea de una norma de comportamiento de las partes de aportar elementos de prueba.

Esencial para la postura de FERRER es su propia caracterización de las normas de la carga de la prueba subjetiva. Considera que la carga de la prueba subjetiva es un efecto reflejo de la carga de la prueba objetiva²⁵ y que su naturaleza de carga debe entenderse como una regla técnica que establece una condición anankástica,²⁶ es decir, que la aportación de la prueba por una parte se considera condición necesaria para obtener una decisión favorable. Hecha esta

²¹ TARUFFO (2019), p. 17.

²² TARUFFO (2019), pp. 19 ss.

²³ TARUFFO (2019), p. 20.

²⁴ FERRER (2019), pp. 73 ss., nota 44.

²⁵ FERRER (2019), p. 59 s.

²⁶ FERRER (2019), pp. 61 ss., 69.

caracterización – y tras declararla “doctrina clásica de la carga de la prueba”²⁷ – procede a desmantelarla: si bien se podría constatar que la norma de la carga de la prueba objetiva – dirigida al tribunal – produce ciertos incentivos para las partes, de ello no se extrae deber o carga de aportar prueba.²⁸ La idea de un “deber” de aportar pruebas sería un resabio histórico de la prueba tasada,²⁹ la conexión entre el aporte probatorio con cada una de las partes se habría acabado con el principio de adquisición procesal.³⁰ Ya que un resultado probatorio se podría producir por los aportes probatorios de otras partes o del juez, “se derrumba[n] como un castillo de naipes” la noción de un deber o una regla técnica de carga de la prueba subjetiva, de la que hay que prescindir.³¹

GIANNINI, en cambio, elimina la carga subjetiva con más sutileza. Aparentemente solo cambia la denominación, la llama *carga de producir evidencia*, que entiende como una concreción del principio de colaboración de las partes. Se trataría de una exigencia de comportamiento en interés ajeno (de la parte a la que perjudica la norma de carga de la prueba objetiva) cuyo incumplimiento, además, requiere imputabilidad para que sea aplicable la sanción. En mi opinión, no puede denominarse “carga” esta exigencia de comportamiento, en ninguna de sus acepciones. Lo que está caracterizando es un deber de aportar al esclarecimiento (al respecto, *infra*, 4.3). Es una categoría conceptual y funcionalmente distinta a la carga de la prueba subjetiva que, como veremos, es una herramienta de distribución de riesgos. Por eso, la redefinición de GIANNINI equivale a abolir la carga de la prueba subjetiva.

2.3. Intentos de defensa de la institución

Estas posturas provocaron reacciones de protesta desde dos flancos. Desde la teoría del derecho surge la crítica de BENFELD,³² desde el derecho procesal la de CALVINHO.³³

BENFELD sumerge su crítica en la terminología de la teoría del derecho anglosajona, especialmente de Frederick Schauer, presentando un texto críptico para los no iniciados en esas corrientes. El lector se ve confrontado con “generalizaciones”, “instanciaciones” y “razones atrincheradas”, etc. Quien logra superar esa dificultad, reconoce que el interés principal del autor no está en explicar la función de la carga de la prueba, sino que en emplear la distinción schaueriana entre *generalizaciones opacas a sus razones subyacentes (normas jurídicas)* y *aquellas no opacas a sus razones subyacentes (reglas técnico-instrumentales)*.³⁴ Esta distinción permite a BENFELD hacer el punto que NIEVA y FERRER se equivocan al asumir que las reglas de la carga de la prueba son de carácter instrumental a un resultado – en servicio de la averiguación de la verdad – y, por tanto, prescindibles si no cumplen con ese fin.³⁵ En contraste, sostiene que son de “carácter jurídico-imperativo” y, por tanto, cumplen una función importante. Aclarado ese punto teórico, no queda muy claro por qué es indispensable la carga de la prueba, salvo que se trata de una norma cuya “razón subyacente” es el resguardo de la

²⁷ FERRER (2019), p. 69.

²⁸ FERRER (2019), p. 70.

²⁹ FERRER (2019), p. 71.

³⁰ FERRER (2019), pp. 71 ss. Una postura similar se encuentra en DE PAULA (2020), p. 96.

³¹ FERRER (2019), p. 73.

³² BENFELD (2020).

³³ CALVINHO (2020).

³⁴ BENFELD (2020), pp. 55-56.

³⁵ BENFELD (2020) pp. 50, 53, 58 nota 12.

seguridad jurídica y predictibilidad del derecho sustantivo aplicable (y no razones epistemológicas)³⁶ y que la carga subjetiva se justifica por establecer un incentivo para las partes.³⁷ Con eso queda debiendo una explicación más profunda: ¿por qué es necesario un resguardo especial de la seguridad jurídica en este ámbito y por qué es valioso reconocer el interés de las partes?

Más transparentes son las elaboraciones de CALVINHO. Defiende la carga de la prueba como regla de conducta, es decir, como carga de la prueba subjetiva, señalando que tiene un impacto sobre la recaudación de la información antes del proceso al atribuir a cada parte el interés por probar determinado hecho. Sirve, así como “eficiente estímulo para que las partes recaben previamente pruebas y aporten más fuentes al proceso”.³⁸ Agrega que “organiza de manera más eficiente la actividad probatoria sobre los hechos necesitados de prueba, repartiendo responsabilidades” en relación con los hechos controvertidos.³⁹ Este es un punto valioso que, sin embargo, no se termina de reflexionar. La pregunta es por qué es deseable hacer esa distribución de responsabilidad.

2.4. Necesidad de revelar el sentido de la carga de la prueba

La plausibilidad de las tesis abolicionistas solo se sostiene en la penumbra en torno a la justificación de la carga de la prueba. Los defensores no aportan mayor claridad al respecto. En lo que sigue revelaré los puntos ciegos de las tesis abolicionistas, en primer lugar, respecto a la carga objetiva (II) y, a continuación, respecto de la carga subjetiva (III) de la prueba.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA OBJETIVA COMO EXIGENCIA DE LA SUJECCIÓN DEL JUEZ A LA LEY

En su dimensión objetiva – como regla de juicio – la norma que distribuye la carga de la prueba efectivamente no es una “carga”. Su supuesto de aplicación no es un comportamiento, sino que un estado de cosas: el *non liquet* (“no está claro”) que es la *incertidumbre definitiva* respecto a un hecho a probar (3.1). Su consecuencia jurídica, a su vez, no es la sanción de una parte, sino el surgimiento del deber del tribunal de fingir un resultado probatorio favorable o desfavorable respecto a los hechos definitivamente inciertos (3.2), por lo que, como se explicará, es una indispensable para asegurar la sujeción del órgano jurisdiccional a la ley (3.3), relevándose el error en asumir su inutilidad.

3.1. La incertidumbre definitiva (non liquet) como condición de aplicación

La incertidumbre definitiva sobre un hecho en juicio no es un estado de cosas en la realidad, sino una circunstancia institucional que depende de otras normas procedimentales, específicamente del estándar probatorio y las normas de preclusión: Por un lado, se produce cuando los elementos de juicio no permiten superar el umbral de suficiencia respecto a un hecho sometido a prueba. En ese sentido, mientras mayor la exigencia del umbral de suficiencia probatoria, más amplio el campo de aplicación del *non liquet* y de las normas de carga de la prueba objetiva. Por el otro lado, depende del régimen de preclusión, que

³⁶ BENFELD (2020), pp. 57, 60 ss.

³⁷ BENFELD (2020), pp. 61 ss.

³⁸ CALVINHO (2020), pp. 192 ss, 196.

³⁹ CALVINHO (2020), pp. 195 ss.

determinará en qué momento se debe tener por definitiva la base fáctica que será objeto de valoración y de aplicación del estándar probatorio. Su campo de aplicación solo se abre en la fase de decisión, una vez agotadas todas las posibilidades de esclarecimiento previstas legalmente (sea que estas hayan operado de oficio o a iniciativa de parte). Esto demuestra el error de creer que la carga de la prueba pretende *superar* el non liquet.⁴⁰ Lo contrario es verdad: su aplicación significa asumir abiertamente la incertidumbre. No tiene función epistémica alguna,⁴¹ y menos un carácter de “presunción mal construida”⁴². Todo lo contrario, es una norma que permite una decisión *a pesar* de un fracaso epistémico definitivo, que es un riesgo que afecta a todo proceso judicial (hasta al “epistémicamente” más perfecto).

3.2. La ficción de un resultado probatorio como consecuencia jurídica

La consecuencia jurídica de la norma de carga de la prueba (objetiva) es el deber del tribunal de aplicar una ficción, sea de hecho probado o de hecho no probado. Por ejemplo, cuando el Código Civil chileno (CC) dice: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta” (1698 I CC), está diciendo también: “en caso de incertidumbre definitiva respecto a hechos que dan lugar al surgimiento o a la extinción de una obligación, el juzgador deberá fingir que dichos hechos no ocurrieron”. Aplicado esto, por ejemplo, a una pretensión indemnizatoria extracontractual, el artículo 1698 I CC en relación con el artículo 2314 I CC nos dice: “en caso de incertidumbre definitiva respecto a los hechos constitutivos de un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, el juzgador deberá fingir que estos hechos no ocurrieron y, por lo tanto, denegar el efecto jurídico previsto para su ocurrencia, esto es, declarar que no surgió una obligación indemnizatoria y rechazar la demanda”.

3.3. La carga de la prueba objetiva como complemento necesario del principio de inexcusabilidad

¿Por qué es necesario – y siquiera posible – extraer de las normas de carga de la prueba y del derecho sustantivo instrucciones legales al tribunal de fingir la ocurrencia o no ocurrencia de hechos? ¿Por qué no se puede simplemente decir, con NIEVA y TARUFFO que, en el ejemplo anterior, el rechazo de la demanda de indemnización fluye natural- y automáticamente del hecho que no se hayan probado los hechos correspondientes al supuesto de la acción indemnizatoria?

Como muestra el desarrollo dogmático más reciente de la carga de la prueba, esa estructura normativa es exigencia de la prohibición de la autotutela y garantía de una tutela efectiva en el Estado de Derecho. Es una estructura que hace transparente el método que debe seguir una decisión judicial frente a la incertidumbre fáctica definitiva, garantizando su legitimidad *a pesar* del fracaso probatorio. A continuación, ofreceré una breve reconstrucción de este desarrollo, comenzando por un influyente error de Leo Rosenberg.

a) El error de Rosenberg y el vuelco hacia la inexcusabilidad

⁴⁰ NIEVA (2024), p. 27: “... la carga de la prueba, tal y como se emplea hoy en día, no despeja las incógnitas sobre los hechos, sino que simplemente las arrincona ...”. La carga de la prueba no pretende despejar incógnitas, sino que hacer posible el ejercicio de la jurisdicción *a pesar* de las incógnitas.

⁴¹ En ese sentido es muy acertada la observación de BENFELD (2020), p. 57.

⁴² NIEVA (2024), p. 44.

En el origen de la dogmática de la carga de la prueba hay un *error de pensamiento lógico*. Y nadie menos que Leo Rosenberg lo originó, en su obra “La carga de la prueba” (“Die Beweislast”, quinta y última edición 1965) y lo difundió a los siete vientos, llegando también, a través de la traducción de Ernesto Krotoschin,⁴³ al mundo hispanoparlante. En la dogmática alemana este error pronto se descubrió y corrigió (el año 1966, hace ya casi 60 años). Los académicos iberoamericanos, en cambio, parecen no haberse percatado de él – al menos los abolicionistas lo desconocen y reproducen.

¿En qué consiste este error? Es simple: ROSENBERG creía, como NIEVA y TARUFFO, que la no-aplicación de la norma es la consecuencia lógica de la incertidumbre definitiva sobre los hechos que integran sus presupuestos. En sus palabras:

“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 los presupuestos 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.**”⁴⁴

En su tesis doctoral de 1966 LEIPOLD comprobó que esto no es así. La lógica de las normas no permite concluir, sin más, la no-aplicación de la norma en caso de duda sobre sus presupuestos. La lógica solo nos dice: si se verifican los presupuestos de una norma, la norma se aplica, y si no se verifican los presupuestos de una norma, la norma no se aplica. ¿Y qué nos puede decir la lógica sobre el caso que la verificación de los presupuestos sea dudosa? Solo que la aplicabilidad de la norma es, asimismo, dudosa. Nada más.⁴⁵

La conclusión no es banal. Significa que las normas de derecho sustantivo NO autorizan al tribunal a tomar una decisión ante la incertidumbre definitiva. En principio, el juzgador debería *abstenerse de juzgar*, ya que no está en condiciones de ejercer jurisdicción si no sabe si en el caso concreto se realizaron o no los presupuestos de las normas aplicables. En efecto, esa era la función original de la constatación de un non liquet: autorizar al juzgador de liberarse del deber de juzgar la disputa, lo que era admisible en procedimientos premodernos.⁴⁶ No así en el estado moderno. El principio de inexcusabilidad implica que el tribunal competente no puede negar una decisión al ciudadano que solicita tutela. Sabemos que no puede negarla a pretexto de “falta de ley” (así expresamente el artículo 76 II de la Constitución chilena). En su aspecto menos conocido, el principio de inexcusabilidad también prohíbe denegar la decisión a pretexto de incertidumbre sobre los hechos.⁴⁷ Si las reglas procesales que regulan su decisión sobre la cuestión fáctica no permiten tener por efectivos (o no efectivos) los hechos a probar, la inexcusabilidad impide la salida que el non liquet abría para el juzgador premoderno. No puede abstenerse de decidir.

⁴³ Que es una traducción de la tercera edición alemana de 1951, última reimpression de la segunda edición de la traducción, 2019.

⁴⁴ ROSENBERG (2018), p. 12 [cursiva original, negrita propia].

⁴⁵ LEIPOLD (1966), pp. 22 ss.; esta postura se convirtió en doctrina dominante (si no unánime): REINECKE (1976), pp. 25 ss.; PRÜTTING (1983), pp. 124 ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (2018), p. 698.

⁴⁶ Así en el procedimiento formulario romano, KASER (1996), p. 270; en la literatura nacional: CARVAJAL (2012), p. 603.

⁴⁷ PRÜTTING (1983), pp. 124 ss.

Entonces, las exigencias del estado de derecho impiden que la incertidumbre fáctica que hace fracasar al silogismo signifique también un fracaso de la función jurisdiccional.⁴⁸ A su vez, el tribunal debe seguir sometido al derecho en su toma de decisión. Por tanto, el sistema tiene que proveer al juez de normas *adicionales y distintas* a las normas de derecho material sobre las cuales pueda fundar su decisión frente al non liquet. Esa es la función y justificación de las normas de carga de la prueba (en sentido objetivo). Entregan al tribunal un fundamento para decidir el conflicto, no superando, sino basándose en la incertidumbre de los hechos, haciendo controlable el ejercicio de la jurisdicción cuando no se esclarece lo que efectivamente ocurrió. Como tales son normas indispensables.

b) La decisión conforme a la carga de la prueba

Esta mirada desde la inexcusabilidad hace transparente y controlable la decisión que toma un tribunal en caso de incertidumbre, en los siguientes sentidos:

En primer lugar, aclara que la decisión conforme a la carga de la prueba no se justifica sobre el comportamiento o resultado probatorio del juicio concreto, sino que sobre la norma de derecho sustantivo (por ejemplo, el artículo 2314 CC) en conjunto con la norma de distribución de la carga de la prueba (por ejemplo, artículo 1698 CC). Su aplicación no envuelve un juicio sobre las dificultades probatorias durante el proceso. Lo que haya ocurrido durante la prueba debe ser irrelevante para la aplicación de la carga objetiva, que justamente se basa en su abierto fracaso. Para superar dificultades probatorias existen otro tipo de normas que deben operar y agotarse previamente (deberes de esclarecimiento de las partes, facultades judiciales de esclarecimiento, ficciones sancionatorias por frustración de pruebas, prueba prima facie, etc.). Por lo mismo, la carga de la prueba objetiva no se opone a un proceso comprometido con la averiguación de la verdad. La incertidumbre definitiva se puede producir en todos los procesos judiciales, aunque el tribunal y las partes cuenten con amplísimos poderes de esclarecimiento.

En segundo lugar, la refutación de la creencia que el non liquet lleva, por mandato de la lógica, a la inaplicación de la norma invocada nos permite reconocer que la distribución de la carga de la prueba no es neutra, sino que sirve a ciertos fines político-jurídicos. Nos abre los ojos a ver, por ejemplo, que la regla de distribución según la cual quien invoca una norma a su favor resultará perjudicado ante la incertidumbre sobre sus presupuestos, pretende la conservación del statu quo. Refleja una función del derecho privado tendiente a conservar la distribución vigente de los bienes. La carga de probar la falta de culpa de quien incumple un contrato, a su vez, refuerza la confianza en el compromiso de quien promete un resultado; la presunción de la culpa del empleador en casos de responsabilidad por hecho ajeno fortalece la posición de la víctima frente a los riesgos de la actividad económica organizada en empresas. No interesa aquí discutir si son acertadas estas interpretaciones. El punto es que en la carga objetiva se revela un orden subsidiario de adjudicación, sobre la base, ya no del mérito de los hechos del caso concreto, sino de directrices generales establecidas por el legislador para potenciar ciertos fines del derecho civil sustantivo. Por lo tanto, en caso de que el tribunal deba tomar una decisión frente a un non liquet y existan dificultades interpretativas respecto a la

⁴⁸ Esta consecuencia es independiente de si se adhiere al concepto tradicional de inexcusabilidad (como prohibición de apartarse del deber de fallar) o si, como MARTÍNEZ (2012), pp. 137-139, se extiende a un deber de respuesta judicial conforme a una tutela judicial efectiva.

distribución de la carga de la prueba (es decir, respecto a si debe fingir un resultado positivo o negativo respecto del hecho incierto), debe interpretar sobre la base de la *ratio* de las normas de derechos sustantivo aplicable.⁴⁹

3.4. Entonces, ¿Abolición de la carga de la prueba objetiva?

Vimos que NIEVA y TARUFFO creen que la carga objetiva es prescindible porque la no-aplicación de la norma fluye automáticamente de la incertidumbre de sus presupuestos. Esto, como se acaba de exponer, es falso. La incertidumbre sobre los hechos solo tiene como resultado la incertidumbre sobre la aplicabilidad de la norma y – por exigencia del principio de inexcusabilidad y la sujeción del juez a la ley – se necesitan normas adicionales que legitimen una decisión pese a la incertidumbre: las normas de carga de la prueba (en sentido objetivo).

IV. LA CARGA DE LA PRUEBA SUBJETIVA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Si la tesis de abolición de la carga objetiva de la prueba revela un punto ciego sobre la función jurisdiccional en el estado moderno, la tesis de abolición de la carga subjetiva revela una ceguera frente a la autonomía de la voluntad como base del proceso civil.

4.1. La autonomía de la voluntad como base del proceso civil

Un proceso judicial no está determinado únicamente por el acto de cognición judicial al que está orientado, sino también por el derecho sustantivo que está llamado a aplicar. El proceso civil (patrimonial) es una forma de resolución de conflictos entre privados respecto a derechos disponibles que se rigen por la autonomía de la voluntad. Por eso, su tutela judicial exige que esta autonomía siga vigente durante el proceso civil – y esta es la razón de por qué el principio dispositivo y el principio de aportación son indispensables para que la justicia civil no entre en contradicción con el derecho sustantivo que está llamada a aplicar. Una tutela de derechos disponibles no sería concebible en un proceso judicial comprometido únicamente con el interés público. Si fuera así, la judicialización de disputas civiles significaría la pérdida de la disponibilidad al momento de acogerse a tramitación la demanda, la que dejaría de ser tal para convertirse en mera denuncia de inaplicación del derecho. Esto no significa negar que también en el proceso civil existen intereses públicos, y menos una involución hacia el proceso liberal decimonónico.⁵⁰ Se trata de reconocer que, a más tardar desde la formación del estado moderno, el proceso civil opera en un campo de tensión entre la autonomía privada (exigida por el derecho sustantivo que debe aplicar) y el interés público (exigido por la potestad jurisdiccional que en él se desenvuelve); tensión que es *constitutiva* y, por tanto, no es superable, sino solo manejable mediante soluciones dogmáticas ajustadas a cada problema (por ej. prorrogas de competencia, convenciones probatorias, acuerdos sobre la marcha del proceso etc.). Reconocer esta tensión constitutiva significa también reconocer la infantilidad de abanderarse con posturas “privatistas” o “publicistas” del proceso civil.

4.2. El proceso civil como ejercicio de derechos subjetivos y la aportación de parte

En esta línea de reconocimiento de la autonomía privada, HENCKEL aclara que el proceso civil debe ser entendido, no solo como tutela judicial, sino también como *forma de*

⁴⁹ PRÜTTING (1983), p. 264.

⁵⁰ Contra este prejuicio, HENCKEL (1970), p. 64.

ejercicio de derechos subjetivos.⁵¹ Constatamos que según el derecho sustantivo un derecho disponible puede perder su efectividad por todo tipo de conducta de su titular, sea por voluntad (renuncia, condonación, convención etc.) o por inactividad, cuando esta supone el incumplimiento de ciertas condiciones establecidas para la protección de un interés general o de terceros (prescripción, caducidad, inexigibilidad etc.). De forma análoga, una parte procesal puede perder su derecho o su posición de defensa dentro del proceso civil, conforme a su voluntad (desistimiento, allanamiento, conciliación etc.), pero también por inactividad, cuando no cumple condiciones de la tutela judicial⁵² (requisitos de la demanda, competencia del tribunal, presentaciones oportunas, etc., o precisamente: cargas probatorias). En este sentido, el proceso civil se debe considerar una continuación del ámbito de disponibilidad de la que goza el sujeto de derecho civil fuera del proceso, con la particularidad que debe ser coordinado con la libertad del adversario y los intereses públicos involucrados. Es decir, el proceso civil tiene como fin un ejercicio formalizado de derechos subjetivos, “formalizado” en el sentido que está limitado por las normas procedimentales que buscan conciliar los intereses generales con la autonomía de la voluntad.⁵³

El *principio dispositivo* es la mayor expresión de esta conexión entre derecho sustantivo y procesal, en cuanto resguarda el control de las partes sobre la iniciación, el objeto y el término de proceso. También se expresa en el *principio de aportación de partes* que asegura a las partes el control sobre la base fáctica de la decisión que solicitan al tribunal.⁵⁴ Les entrega la facultad exclusiva de aportar afirmaciones de hecho, decidir qué afirmaciones se someten a prueba (mediante el acto de controvertir), y asumen la responsabilidad de aportar pruebas al proceso. Estas actividades tienen que ser coordinadas. Se necesita una herramienta que permita definir los ámbitos de responsabilidad de cada parte respecto las actividades de afirmar, controvertir y ofrecer medios de prueba. Esta es la función de las cargas “subjetivas”: la carga de afirmación, la carga de controvertir y la carga de ofrecer prueba y solicitar su práctica, es decir, la carga de la prueba subjetiva propiamente tal.

4.3. La carga de la prueba subjetiva como norma de distribución de riesgos

Para crear un ámbito actuación autónoma, equivalente al que rige fuera del proceso, el derecho procesal debe aclarar las expectativas de comportamiento para cada parte. Lo hace fijando ámbitos de responsabilidad mediante cargas, entendidas estas como *normas de distribución de riesgos* de inactividad. En el caso de la carga de la prueba subjetiva, se trata del riesgo de fracaso procesal por inactividad relacionada con la presentación de un relato fáctico y el esclarecimiento de los hechos jurídicamente relevantes.

Los abolicionistas – al igual que los defensores de cargas dinámicas – insisten en que el concepto de carga subjetiva expresa algún prejuicio encubierto sobre las posibilidades de esclarecimiento de cada parte (*supra*, 2.2). Esto denota confusión respecto al concepto dogmático de la carga procesal. La carga es una norma mediante la cual se distribuyen riesgos

⁵¹ HENCKEL (1970), pp. 61-64; WAGNER (1998), p. 60.

⁵² HENCKEL (1970), p. 62.

⁵³ HENCKEL (1970), p. 63.

⁵⁴ HENCKEL (1970), p. 143.

que orientan y coordinan el despliegue de las facultades y los deberes procesales.⁵⁵ *Carga* se distingue de *deber* en el sentido de que su incumplimiento acarrea una consecuencia procesal con independencia de un juicio de reproche o imputabilidad al sujeto gravado con ella. No describe estándares de conducta, sino que condiciones bajo las cuales las partes ejercen facultades y cumplen deberes procesales. La parte no sufre la desventaja procesal por serle imputable no haber levantado la carga, sino que porque se le atribuye el riesgo de la inactividad o la infructuosidad de la actividad. Es un mecanismo necesario para hacer previsibles las consecuencias del ejercicio o no ejercicio de facultades procesales que están (y deben estar) en el ámbito de decisión autónoma de cada parte – al igual que el ejercicio de derechos disponibles fuera del proceso. Por tanto, la atribución de la carga de la prueba a una parte es perfectamente compatible con la atribución de un deber de cooperación a su adversario (es decir, a quien no tiene la carga de la prueba), deberes que sin duda son indispensables en los procesos civiles contemporáneos. Sobre esto se volverá (*infra*, 5.1)

4.4. La aplicación de las cargas subjetivas durante el proceso

Los abolicionistas opinan que la carga de la prueba subjetiva no tiene ninguna función *durante* el proceso, y por lo tanto se puede eliminar. Eso es falso. En primer lugar, la carga de la prueba subjetiva identifica a la parte que soporta la carga de la afirmación de hechos jurídicamente relevantes. La distribución de la carga de afirmación es esencial para asegurar que el litigio se trabe sobre la base de afirmaciones de hecho adecuadas a las normas que se invocan y evitar así actividad probatoria innecesaria u referida a vaguedades.⁵⁶ Si el demandante no aporta afirmaciones adecuadas al derecho que demanda, o el demandado respecto a las excepciones, sus presentaciones son inadmisibles (previa oportunidad de subsanación) y no debería abrirse etapa probatoria alguna.⁵⁷ La inadmisibilidad como consecuencia de presentaciones con relato fáctico inadecuado opera *durante* el proceso, antes de la prueba, como efecto del incumplimiento de la carga de afirmación, y justamente tiene como fin evitar que la causa pase a una etapa probatoria con base defectuosa.

Si las partes cumplen la carga de afirmación, surge la carga de la contraparte (es decir, aquella que no tiene la carga de la prueba subjetiva) de controvertir con precisión y fundamento. Ese acto de controvertir equivale a una declaración de voluntad de averiguar formalmente la verdad de la afirmación en el procedimiento probatorio.⁵⁸

Y finalmente, la carga subjetiva opera al momento de ofrecimiento de prueba. Al controvertir el hecho, la parte que no tiene la carga de la prueba manifiesta su voluntad de someter a prueba el hecho afirmado por la contraria. Si esta no ofrece pruebas ni solicita actividad probatoria respecto al hecho controvertido – es decir, omite el ejercicio de las facultades previstas para el esclarecimiento del hecho – el tribunal debe prescindir de la prueba y tener por no efectiva la afirmación. A diferencia de la carga de la prueba objetiva, aquí no

⁵⁵ STÜRNER (1976), p. 75; PRÜTTING (2020), § 286 párr. 105.

⁵⁶ En detalle en: VOGT (2018), pp. 269-273.

⁵⁷ Para una adecuada preparación de la etapa probatoria es importante que este control de admisibilidad se pueda hacer de oficio y no dependa de una actuación del demandado. Un problema de la etapa de discusión del proceso civil chileno es precisamente que requiere la interposición de una excepción de ineptitud de libelo para activar este control. Al respecto: VOGT (2018), pp. 267-269.

⁵⁸ BREHM (1982), p. 179.

hay un problema de insuficiencia de prueba, sino que faltan las condiciones mínimas para someter a prueba una afirmación de hecho. Si la parte que soporta la carga de la prueba no está en condiciones de desplegar actividad probatoria alguna – sea ofreciendo medios probatorios en su poder, sea solicitando que se ordene a la contraria a aportar medios de prueba, sea solicitando una medida de esclarecimiento judicial – se verifica el riesgo y la parte no podrá prosperar con su afirmación de hecho. No se justifica someter a la contraria – y a gastar recursos públicos – en una actividad probatoria respecto de la cual la parte “encargada” no presenta iniciativa alguna de esclarecimiento (por la razón que sea). En un proceso con deberes de esclarecimiento de la contraparte, no se puede considerar “injusta” esta consecuencia, sino como una manifestación de desinterés en el esclarecimiento probatorio de los hechos.

Ahora, solo una vez ofrecidas las pruebas e iniciada la actividad probatoria sobre un hecho controvertido surge la importancia del interés general en una decisión conforme a la verdad. En efecto, se podría decir que, al controvertir los hechos, las partes, en ejercicio de su autonomía, deciden usar “la verdad” de las afirmaciones como el criterio determinante para que puedan pasar a formar la base de la sentencia. Recién aquí empieza a regir el principio de adquisición procesal y se puede argumentar que pierde importancia autónoma la carga de la prueba en su dimensión subjetiva, y subsiste solo el incentivo dado por la anticipación de la decisión conforme a la carga de la prueba objetiva.

4.5. Entonces, ¿Abolición de la carga de la prueba subjetiva?

Los abolicionistas sostienen que la carga de la prueba subjetiva es inútil porque, según el principio de adquisición procesal, la iniciativa probatoria de las partes es irrelevante. Esto es incorrecto. En un proceso civil moderno la carga de la prueba subjetiva (y otras cargas anexas) distribuyen riesgos para hacer previsible el ejercicio autónomo de facultades procesales. Si una parte no cumple con su carga de afirmación o no muestra iniciativa probatoria respecto las afirmaciones controvertidas, se hará efectivo el riesgo y corresponderá rechazar la pretensión o excepción respectiva, sin necesidad de someterla a prueba. Por lo tanto, la carga de la prueba tiene funciones esenciales *durante* el proceso, y no se limita a su faceta objetiva al momento de la decisión sobre los resultados probatorios.

V. CARGA DE LA PRUEBA, DEBERES DE ESCLARECIMIENTO Y CONFIDENCIALIDAD

Una vez aclaradas las funciones de la carga de la prueba, es sencillo comprender la relación que guarda con dos figuras relacionadas: los deberes de esclarecimiento de las partes y la protección de legítimos intereses de confidencialidad.

5.1. La carga de la prueba como base de los deberes de esclarecimiento procesal

Considero que hoy hay un consenso comparado respecto al valor del esclarecimiento integral de los hechos y el principio general es que un proceso debe tender a integrar todas las fuentes de información relevantes, salvo que existan legítimas razones para excluirlas.⁵⁹ Por lo tanto, si los medios de prueba relevantes están en poder de la contraparte, el proceso civil contemporáneo reconoce el deber de las partes de colaborar con la actividad de esclarecimiento de la contraria, definiéndose “la contraria” justamente como aquella que

⁵⁹ VOGT (2020), pp. 5 ss. Ver también artículo 25 de las Reglas Europeas de Proceso Civil de 2021.

soporta el riesgo en virtud de la carga de la prueba. Entonces, bajo este paradigma de esclarecimiento integral, la carga subjetiva de la prueba tiene el rol esencial de atribuir la responsabilidad de cada parte por el éxito del esclarecimiento probatorio y, por tanto, por el aprovechamiento de todas las posibilidades de esclarecimiento que ofrece el proceso: sea aportando medios de prueba que tiene en su poder, solicitando que su contraparte aporte medios de prueba en virtud de su deber de colaboración o, si quiere arriesgarse, confiar en que el tribunal adoptará medidas de esclarecimiento de oficio (si dispone de ellas).

Esto deja de manifiesto el error en creer que la carga de la prueba (en su faceta subjetiva) tiene función epistémica y que como tal “compite” con el *deber* de esclarecimiento. Bajo esa idea, es plausible argumentar que la figura del deber asegura mucho mejor la completitud del material probatorio que los incentivos que despierta la carga de la prueba, y no habría problema con abolirla.⁶⁰ Sin embargo, como se acaba de exponer, la carga de la prueba subjetiva no pretende asegurar el éxito de la prueba. Su función es más bien la contraria, distribuye el riesgo del fracaso probatorio. Así les entrega seguridad jurídica-procesal a las partes, les da claridad sobre cómo este fracaso se relaciona con su interés en una victoria procesal. Sin la carga de la prueba, habría incertidumbre sobre los intereses de las partes respecto a un esclarecimiento exitoso y, en consecuencia, no sería posible identificar a quien corresponde un *deber* de contribuir y a quien un *derecho* correlativo de exigir la contribución al esclarecimiento de los hechos (figuras que sí tienen función epistémica). La carga de la prueba elimina esta incertidumbre, conecta el fracaso o éxito probatorio con intereses de las partes, y solo así hace posible identificar derechos procesales de una parte respecto de otra. Solo de esta forma es posible concebir la prueba civil como un espacio de ejercicio autónomo de derechos disponibles, según la concepción de HENCKEL referida (*supra*, 4.2). Esto no es en absoluto incompatible con reconocer que el proceso civil debe producir decisiones conforme a la verdad. En general serán las partes las que mejor conocen la información disponible y es conveniente movilizar su iniciativa a través de una clara definición de sus intereses, lo que solo es posible si conocen los riesgos del fracaso definitivo de la prueba. Sin claridad de riesgos probatorios, las partes no sabrían si les conviene o no solicitar una medida de esclarecimiento (sea aportación propia o solicitud de colaboración de contraparte o tribunal), y estarían a la merced de los poderes de esclarecimiento de oficio del tribunal, sin saber cómo posicionarse respecto al ejercicio de estos poderes. Esta situación es incompatible con la autonomía privada de las partes, tal vez incluso con el derecho de defensa.

La distribución de riesgo que ofrece la carga de la prueba también es indispensable con anterioridad a la etapa de prueba, o incluso antes de que se inicie el proceso para evaluar el riesgo de su iniciación.⁶¹ En estas etapas de esclarecimiento procesal – no probatorio – sino preparatorio⁶² se requiere la carga de la prueba subjetiva en su dimensión de carga de afirmación y sustanciación. Esto es: la carga de aportar afirmaciones de hecho jurídicamente relevantes que superen un umbral de precisión para que puedan generar algún efecto

⁶⁰ Así al parecer DE PAULA (2020), pp. 115, cuando propone “que la actividad probatoria no se configure como una carga, sino como un deber (con distintos límites), para que la parte no pueda perjudicar la completitud del material probatorio”.

⁶¹ SCHILKEN/BRINKMANN (2022), p. 172.

⁶² Sobre esta distinción en VOGT (2022), pp. 164-167.

procesal.⁶³ Es responsabilidad de las partes levantar la información y convertirla en un relato de hechos jurídicamente relevantes susceptibles de superar ese umbral (no puede ser del juez, al menos que se le asigne una policía de investigación para causas civiles). Ahora, nada obsta a que se reconozcan deberes de esclarecimiento preparatorio que obligue las partes a asistir a aquella que soporta la carga de afirmación y que no tiene acceso a las fuentes de información necesarias para elaborar un relato preciso y circunstanciado de los hechos (es justamente lo que hace el *discovery/disclosure* anglosajón). Pero, nuevamente, estos deberes y derechos correlativos operan sobre la base de que existe una distribución de riesgos respecto al fracaso del esclarecimiento que justamente brindan las normas de carga de la prueba.

5.2. La carga de la prueba como base del manejo de confidencialidad

La distribución de riesgos que ofrece la carga de la prueba también es indispensable para regular el manejo del campo de tensión entre confidencialidad y publicidad, cada vez más relevante en la litigación civil.⁶⁴ Con la irrupción de la sociedad de la información, se han multiplicado las situaciones en las que una parte opone al esclarecimiento procesal un legítimo interés de confidencialidad que se ve amenazado por la publicidad de los procesos judiciales (privacidad, reputación, secretos comerciales, secretos profesionales, protección de la infancia, etc.).⁶⁵ Estas solicitudes de resguardo de confidencialidad hacen surgir incidentes cuya adecuada ordenación requiere claridad sobre la distribución del riesgo de esclarecimiento, es decir, sobre la carga de la prueba. Estos incidentes surgen de dos constelaciones: la excepción de confidencialidad (constelación pasiva) y la pretensión de confidencialidad (constelación activa).⁶⁶ La carga de la prueba es indispensable para diferenciar estas constelaciones e identificar los roles y expectativas a las partes dentro de estos incidentes de confidencialidad, sea que surjan en la etapa de esclarecimiento probatorio o preparatorio. La *excepción de confidencialidad* es una herramienta que le pertenece a quien *no tiene la carga de la prueba* respecto al hecho a probar mediante la información solicitada. Se trata de la parte que no tiene interés en el esclarecimiento de los hechos, sino, al contrario, le interesa no colaborar con el esclarecimiento en resguardo de un interés de confidencialidad. El incidente se regula en torno al choque de intereses entre el interés de esclarecimiento de quien soporta la carga de la prueba y el interés de confidencialidad de quién no suporta la carga de la prueba, pero que, en principio, está obligada a proporcionar la información. La *pretensión de confidencialidad*, en cambio, es la herramienta de protección de confidencialidad que tiene la parte que sí soporta la carga de la prueba. En esta constelación, la misma parte tiene, por un lado, un interés de aportar la información para un exitoso esclarecimiento de los hechos (ya que el fracaso implica su derrota procesal), pero, a la vez, tiene un interés legítimo en que no se divulgue la información, que se resguarde su confidencialidad. En este caso hay una colisión “interna” de intereses. La misma parte tiene un interés, por un lado, en aportar la información y, por el otro, en mantenerla reservada. La pretensión de confidencialidad justamente permite que esta

⁶³ Al respecto, SCHILKEN/BRINKMANN (2022), pp. 171 s.

⁶⁴ Ver Directivas de la Unión Europea citadas en la nota 4.

⁶⁵ En detalle en VOGT (2025), pp. 16-19.

⁶⁶ VOGT (2025), pp. 6-8.

parte pueda aportar la información al esclarecimiento, solicitando a la vez resguardos que permitan un uso procesal confidencial.⁶⁷

De lo anterior se desprende que la distribución de riesgos definida por las normas de carga de la prueba es indispensable como fundamento para regular los deberes de esclarecimiento con respeto a los legítimos intereses de confidencialidad que se dan en los procesos judiciales sometidos a exigencias de publicidad.

CONCLUSIONES

En los últimos años, la tesis de la erradicación de carga de la prueba ha sido ampliamente difundida en el pensamiento procesal hispanoparlante y ha dado lugar a un debate ciego a las funciones que cumple en el derecho procesal moderno, que este artículo pretendió aclarar.

La función de la carga objetiva de la prueba es asegurar la sujeción del juez a la ley en cumplimiento del deber de tomar una decisión pese a la incertidumbre fáctica. Dado que todo proceso judicial puede tener un desenlace de incertidumbre fáctica, la carga de la prueba objetiva es una institución general, aplicable a todo proceso judicial, independientemente de cómo esté diseñado el esclarecimiento. En los procesos civiles, además, es indispensable la noción de carga de la prueba subjetiva, ya que hace operativa la autonomía de la voluntad en el proceso, al normar una distribución de riesgos que permite prever las consecuencias de la conducta procesal de las partes en delimitación del tema probatorio y en la iniciativa probatoria.

Esta distribución del riesgo de fracaso del esclarecimiento es fundamento de la operatividad de otras figuras dominantes en los procesos civiles contemporáneos. Por un lado, es indispensable para una adecuada comprensión de los deberes de esclarecimiento procesal, tanto probatorios como preparatorios, y por el otro lado, es la base para regular la litigación incidental en torno al resguardo de legítimos intereses de confidencialidad que surgen con cada vez más frecuencia en oposición a la actividad procesal sometida a exigencias de publicidad.

Por lo tanto, quien quiera persistir en una postura abolicionista tendrá convencer de la inutilidad – no de las funciones que la carga de la prueba solía cumplir en los procesos del pasado, como lo hace NIEVA – sino de las funciones que la carga de la prueba cumple en los procesos contemporáneos: nada menos que promover el estado de derecho y la autonomía de la voluntad en el proceso civil. Dudo que eso sea posible.

⁶⁷ VOGT (2025), pp. 25-30.

BIBLIOGRAFÍA

- BENFELD ESCOBAR, Johann (2020). "A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de onus probandi", *Estudios de Derecho*, vol. 77, N°170, pp. 47-70. [DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a02]
- BREHM, Wolfgang (1982). *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- CALVINHO, Gustavo (2020). "A favor de la carga de la prueba", *Estudios de Derecho*, vol. 77, N°170, pp. 167-199. [DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a07]
- CARVAJAL, Patricio-Ignacio (2012). "Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo Código Procesal Civil", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N°3, pp. 565-604.
- DE PAULA, Vítor (2020). *La carga de la prueba en el proceso civil: de la carga al deber de probar* (trad. Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.)
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2021). "La carga de la prueba con relación al cumplimiento-incumplimiento civil como *thema probandum* en la responsabilidad médica y la *exceptio non adimpleti contractus*" *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48 N° 3, pp. 155 - 179
- FERRER, Jordi (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En NIEVA, Jordi; FERRER, Jordi & GIANNINI, Leandro J. (eds.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales), pp. 53-87.
- GIANNINI, Leandro J. (2019). Revisitando la doctrina de la «carga dinámica de la prueba». Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En NIEVA, Jordi; FERRER, Jordi & GIANNINI, Leandro J. (eds.), *Contra la carga de la prueba* (Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales), pp. 89-115.
- HENCKEL, Wolfram (1970). *Prozessrecht und materielles Recht* (Göttingen, Otto Schwartz).
- HUNTER, Ivan (2020). *Rol del juez. Prueba y proceso*. (Santiago, DER ediciones).
- KASER, Max (1996). *Das römische Zivilprozessrecht*, 2a ed. (Múnich, C.H.Beck).
- LEIPOLD, Dieter (1966). *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten* (Berlín, Duncker u. Humblot).
- MARTÍNEZ BENAVIDES, Patricio (2012). "El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional", vol. 39, N°1, pp. 113-147
- NIEVA FENOLL, Jordi (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. En NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi & GIANNINI, Leandro J. (eds.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales), pp. 23-52.

- (2020). “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *Estudios de Derecho*, vol. 77, N°170, pp. 406-407. [DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a05].
 - (2024). *Trilogía sobre la carga de la prueba: hacia su abolición* (Lima, Palestra Editores).
- PRÜTTING, Hanns (1983). *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (Múnich, C.H. Beck).
- (2020). Comentario a § 286 de la Ordenanza Procesal Civil alemana, en: KRÜGER, Wolfgang; RAUSCHER, Thomas (2020). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, tomo I: §§ 1-354 (Múnich, C.H. Beck)
- REINECKE, Gerhard (1976). *Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe* (Berlin, Duncker & Humblot).
- ROSENBERG, Leo (2019). *La carga de la prueba*, 3a ed. (trad. Ernesto Krotoschin, Santiago, Librotecnia).
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl-Heinz & GOTTWALD, Peter (2018). *Zivilprozessrecht*. 18a ed. (Múnich, C.H. Beck).
- STÜRNER, Rolf (1976). *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- SCHILKEN, Eberhard; BRINKMANN, Moritz (2022). *Zivilprozessrecht*, 8a ed. (Múnich, Vahlen).
- TARUFFO, Michele (2019). Casi una introducción. En NIEVA, Jordi; FERRER, Jordi & GIANNINI, Leandro J. (eds.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales), pp. 11-21.
- VOGT GEISSE, Thomas (2018). La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil. En RIVERO, Renée & MARÍN, Juan Carlos (eds.), *Reformas necesarias a la justicia chilena* (Santiago, Editorial Librotecnia), pp. 253-280.
- (2020). *Aufklärung und Informationskontrolle im Zivilprozess* (Tübingen, Mohr Siebeck).
 - (2022). La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en el proceso civil, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 3, pp. 159-173.
 - (2025). “Confidencialidad procesal en juicios públicos”, *Revista Derecho PUCP*, N° 94, pp. 135-176.
- WAGNER, Gerhard (1998). *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck).