

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS
DE LA PRUEBA COMO CAUSAL DEL RECURSO DE
CASACIÓN EN EL FONDO**

*Memoria para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales*

AUTOR
PROFESOR GUÍA

ANDRÉS ASTUDILLO SOTELO
JUAN PABLO POMÉS PIROTTE

SANTIAGO, JULIO 2001

LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA COMO CAUSAL DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO.-

ÍNDICE

Tabla de contenidos.	1
Introducción.	4

CAPÍTULO I: CONCEPTOS GENERALES.

1.- El recurso de Casación en el Fondo.	
11. Concepto de Casación en el Fondo.	6
12. Infracción de ley.	10
13. Que la infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo.	14
2.- La Prueba.	
2.1. Concepto.	17
2.2. La prueba en el proceso.	22
2.3. Los fines de la prueba.	24
2.4. Los hechos exentos de prueba.	27
3.- Las Normas Reguladoras de la Prueba.	
3.1. Definición.	31
3.2. Cómo se encuentran expresadas en la ley las normas reguladoras de	

la prueba.	34
3.3. Naturaleza jurídica.	37

**CAPÍTULO II: ESTUDIO PARTICULAR DE LAS INFRACCIONES A LAS
NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA COMO CAUSAL DEL
RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO.**

1.- Los Medios de Prueba.	
1.1. Definición.	45
1.2. Los medios de prueba establecidos en la ley	47
2.- El Peso de la Prueba.	
2.1. Regla general. El Onus Probandi.	51
2.2. Excepciones al regla general y modificaciones al Onus Probandi.	62
3.- La Apreciación de la Prueba.	
3.1. Los sistemas probatorios.	67
3.2. El valor probatorio de los distintos medios de prueba.	71
3.2.1. Los instrumentos.	71
A) Instrumentos Públicos.	72
1.- Respectos de los otorgantes.	73
- Veracidad de las declaraciones del funcionario público Autorizante.	74
- Veracidad de las declaraciones de las partes.	75
2.- Respecto de terceros.	79

B) Instrumentos Privados.	82
1.- Valor probatorio del instrumento privado emanado de parte.	82
2.- Valor probatorio del instrumento privado emanado de terceros.	84
3.2.2. La Prueba Testimonial.	85
3.2.3. La Prueba Confesional.	91
3.2.4. La Inspección Personal del Tribunal.	96
3.2.5. El Informe de Peritos.	98
3.2.6. Las Presunciones.	99
4.- Apreciación Comparativa de los Medios de Prueba.	101

**CAPÍTULO III: LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS
DE LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL.**

1.- El Nuevo Proceso Penal.	114
2.- El Primer Proyecto de Código Procesal Penal.	116
3.- El Proyecto Definitivo.	121
Conclusiones.	126
Bibliografía Básica.	129

INTRODUCCIÓN

1.- El presente trabajo tiene por finalidad analizar, dentro de la causal genérica del recurso de casación en el fondo, la infracción de las normas reguladoras de la prueba. Para ello, es necesario determinar específicamente en qué consiste dicha causal, para luego conceptualizar qué normas constituyen ese conjunto heterogéneo de normas que tradicionalmente la doctrina ha denominado “reglas reguladoras de la prueba”; y de qué manera estas normas imponen efectivamente obligaciones a los sentenciadores, a tal punto que su infracción tiene como consecuencia la declaración de nulidad de la sentencia definitiva en la que se ha incurrido en dicho vicio. Así, se intentará establecer los casos en que dichas normas formulan un mandato que tiene como destinatario al Juez, el que verá, en consecuencia, limitadas sus facultades para decidir, en virtud de sus propias convicciones, el asunto controvertido.

El análisis propuesto busca, en primer, lugar deslindar el concepto de casación en el fondo, y luego examinar en particular las normas reguladoras de la prueba para establecer las circunstancias específicas que constituyen una infracción que hará procedente el recurso de casación.

Intencionalmente se analizará con mayor profundidad el ámbito civil, ya que, luego de un examen bibliográfico, se ha llegado a la conclusión de que es en esta área donde existe menor desarrollo por parte de la doctrina y jurisprudencia; remitiéndose, en general en el ámbito penal, a realizar un análisis de las infracciones a las normas reguladoras de prueba en el nuevo Proceso Penal, el que aún no está vigente en la Región Metropolitana.

2.- En nuestro sistema procesal el Juez tiene un lugar preponderante, dotado de amplias atribuciones. Al mismo tiempo, es un funcionario sometido a estrictas medidas de control por parte de los órganos superiores del Poder Judicial, quienes ejercen estas prerrogativas jerárquicas por obra de un complejo sistema de recursos.

El más importante de dichos recursos, por su trascendencia, es el de Casación, particularmente el de Casación en el Fondo. Mediante él, la Corte Suprema ejerce el exclusivo poder de fijar y asentar la jurisprudencia. Desde luego el legislador así lo ha querido, pero ¿era su intención, también, la de entregar a los jueces primero y a la Corte después, la facultad de decidir por sí solo, de acuerdo a sus propias reflexiones y certezas, la suerte de las partes del litigio?

A partir de los primeros años de Universidad se nos enseña que en Chile la Ley tiene una preeminencia que abarca casi todos los ámbitos del derecho. ¿Acaso la ley abandonó completamente la arena procesal y dejó su espacio a los jueces? Según el Mensaje del Ejecutivo al Congreso del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil, del año 1942, no. La ley ha acompañado a los jueces en esta labor, señalando sus deberes, la forma de realizar su trabajo, de decidir, resolver, pesar, medir, abstenerse a veces. Incluso le ha señalado la manera de redactar su sentencia, indicando párrafo por párrafo sus títulos. Después de todo, el juez no es, ni más ni menos, sino la voz de la ley, su intérprete más valioso. El recurso de Casación en el fondo garantiza que esto continúe así; que el juez no pierda de vista sus normas, que no olvide sus límites.

Es por ello, que el tema de este trabajo aparece como el más cercano al frágil límite entre la ley escrita y la mente del Juez. Es en la prueba donde aquélla toma forma en ésta. ¿Quién prevalecerá, entonces?.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS GENERALES.

1.- EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO.

1.1- Concepto de Casación en el Fondo.

La etimología de este recurso proviene de la forma verbal latina “*cassare*”, que significa casar, abrogar, derogar, anular o deshacer.¹

Respecto a su particular finalidad, José Manresa ha comentado que la casación es un remedio de interés general y de orden público. Su objeto es contener a todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducido más bien por interés de la sociedad que en beneficio de los litigantes.²

La sola observancia de la ley, por sí misma, obviamente, no constituye ninguna finalidad. Es por eso que la mayor parte de la doctrina afirma que existe un interés superior que da fundamento al recurso de casación: el principio constitucional de igualdad ante la ley. Al realizar el juez una estricta observancia de la ley, aplicándola correctamente, garantiza al mismo tiempo su idéntica aplicación en todas las hipótesis similares, lo que, a su vez, otorga la necesaria certeza jurídica a los particulares.

¹ Alejandro Espinosa Solís de Ovando. De los Recursos Procesales. (1980). Santiago: Distribuidora Universitaria Chilena Ltda., página 126.

Como una definición de casación podemos decir que, *“es un recurso procesal que la ley otorga a las partes para obtener la invalidación de una sentencia cuando ésta ha sido dictada en un procedimiento vicioso o cuando el tribunal ha infringido la ley decisoria del conflicto al resolverlo”*.³

Esta definición destaca la finalidad y consecuencia del recurso, la nulidad de una sentencia en la que se ha incurrido en una infracción, ya sea a las ritualidades establecidas en la ley, o la ley sustantiva que decide el asunto controvertido.

Desde otro punto de vista, se puede señalar que la casación *“es el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada”*.⁴

Es útil mencionar que la casación en el fondo no tiene su origen en el derecho romano, como la mayor parte de los recursos, sino que deriva del sistema germano. Posteriormente es recepcionado por el derecho Francés. Llega a Chile de España, que a su vez la tomó del sistema Francés.

Ahora, que ya precisamos conceptos que se han dado en doctrina de casación y también hecha una pequeña acotación a su historia, procederemos a señalar, más específicamente, un concepto de casación en el fondo.

Se entiende por casación en el fondo *“el recurso extraordinario que el legislador concede a la parte agraviada, en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su nulidad o invalidación, cuando han sido dictadas con infracción de ley, siempre que ésta haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo”*.⁵

² Waldo Ortúzar Latapiat. Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal. (1958). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 10.

³ Darío Benavente. Derecho Procesal. Juicio Ordinario y Recursos Procesales. (1997). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 217.

⁴ Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. (1968). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, página 802.

⁵ Pedro Troncoso Martinic. Casación en el Fondo Civil y Casación Oficial. (1992). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 70.

Este concepto se desprende de la unión de los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil.

El primero señala que, “el recurso de casación se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley”.

El segundo establece que “el recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

Lamentablemente, esta definición no entrega aspectos sustanciales que nos permitan conceptualizar verdaderamente el espíritu del recurso de casación. Solamente hace una referencia genérica a su aspecto más importante, la causal que lo hace procedente: la infracción de ley. Nuestro objetivo, por tanto, será indagar en este objetivo. Para ello, es necesario, en primer lugar, deslindar su finalidad.

A este respecto, la Jurisprudencia ha caracterizado el recurso de casación como aquél que *“junto con ser un verdadero homenaje que se tributa a la ley, es una institución de carácter técnico, de interés general, de orden público y de derecho estricto...”*.⁶

Indudablemente debemos señalar que, en sí mismo, el recurso de casación constituye un proceso de impugnación, un proceso especial respecto a otro principal, pero con la particularidad de no perseguir facilitar éste, sino más bien dificultarlo, con el objeto de obtener su depuración.

⁶ C.S., 10 de Agosto de 1936. R.D.J., T. 33, sec.1ª, pág.450.

Al recordar que “recurso” es el nombre con que se denominan estos procesos especiales de impugnación, comprendemos la naturaleza de la casación.

Por ser procedente sólo en los casos en que concurre la específica causal establecida en la ley, el recurso de casación tiene la característica de ser un recurso extraordinario (también es extraordinario en el sentido de ser procedente sólo contra ciertas y determinadas resoluciones judiciales, pero este punto no nos atañe en este trabajo). Antes de referirnos a estas específicas causales, debemos señalar otra característica.

En la doctrina y en el derecho positivo, existe una distinción de bastante importancia teórica y práctica, que se refiere a dos tipos fundamentales de casación: la casación por infracción de ley, o de fondo, y la casación por quebrantamiento de formalidades, o de forma.

El recurso de casación de fondo se funda en una resolución no ajustada a derecho; en el de forma, se considera que la infracción de un requisito, cuyo examen se realiza previo al análisis de fondo, impide que esta resolución se efectúe.

De esta forma, la Jurisprudencia señala que “...(el recurso de casación en el fondo) *está destinado a mantener la aplicación correcta de las leyes que sirven a los jueces para resolver las cuestiones ventiladas en la causa correspondiente...*”.⁷

Destaca, por supuesto, que el recurso de casación otorga a los Tribunales Superiores de justicia un papel *fiscalizador*, que ejercen sobre los inferiores. Con ello garantizan un efectivo cumplimiento al mandato legal, impidiendo la desnaturalización de las normas, que estas pierdan su “correcto” sentido, uniformando el criterio, de este modo, en la interpretación judicial.

⁷ C.S., 24 de Noviembre de 1943; R.D.J., T. 42, sec. 1ª. Pág.339.

1.2. Infracción de ley.-

La causal específica de el recurso de casación en el fondo es, como hemos señalado, la infracción de ley.

Entendemos por infracción de ley, el quebrantamiento o violación de una norma jurídica.

Por supuesto, “violación” o “quebrantamiento” no pueden tener un sentido general, ya que en ese caso todo motivo o causal sería una violación de este tipo. Se debe buscar el sentido *específico* del término “infracción”.

Este sentido particular, según la doctrina, es que la infracción significa una indebida elección de la norma jurídica que debe ser aplicada, o una falsa elección, que se traduce generalmente en una omisión de la norma que debió aplicarse en su lugar. Por lo tanto, la causal última de este recurso, es la no aplicación de la ley.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “...a los litigantes les corresponde dar a conocer con precisión los hechos que importan el fundamento inmediato del derecho que hacen valer y a los Tribunales **la aplicación efectiva de la Ley...**”.⁸

Ahora bien, es necesario precisar qué ley debe ser violada o quebrantada para cumplir con el requisito que hace procedente el recurso.

El artículo 767 del Código de Procedimiento Civil no limita el recurso a una determinada clase de leyes. De esta forma, cualquier infracción a una ley, serviría de base a la interposición del recurso.

Esta afirmación se ve confirmada por la historia de la ley. En el proyecto de don José Bernardo Lira se señalaba que “*el recurso de casación ha de fundarse precisamente en alguna o algunas de las causas siguientes: 1ª. En haber sido la*

⁸ Considerando séptimo del voto especial, sentencia de fecha 28 de Julio de 1933, R.D.J., secc. 1ª, pág. 500.

sentencia dada contra ley o contra doctrina legal en el caso del número 1º de este artículo y aún cuando sólo se trate de infracción de las leyes que reglan el enjuiciamiento, el recurso se dice de casación en el fondo...”.

Observamos que, desde su inicio, el recurso de casación fue concebido para garantizar la aplicación de todo tipo de normas.

Nuestra Jurisprudencia, correctamente a nuestro entender, ha delimitado este concepto de una manera muy necesaria, al señalar que procede el recurso cuando se trata de una infracción de ley formal específica.

En este sentido, en sentencia de fecha 8 de Noviembre de 1949, señaló la Corte Suprema que “... *para que ésta (la casación) sea admisible es menester que haya violación de un **precepto legal**, y que se señale la forma como se ha verificado al infracción*”.⁹ La razón de esta interpretación es que la norma que establece la causal de procedencia, el artículo 767 ya citado, es explícita al referirse a una “infracción de ley”, de manera que, al intérprete, no le es dado ampliar a otro tipo de normas dicho recurso.

Asimismo, la Jurisprudencia señala que “... *su objeto exclusivo (del recurso de casación en el fondo) es conocer de la conformidad de las sentencias con las leyes...es un recurso que no se puede fundar en disposiciones que no sean imperativas; nunca podrá prosperar por una errada apreciación en conciencia si estaban facultados para ello los jueces del pleito, ni puede fundarse en contravenciones a la costumbre, en infracciones a reglamento, de principios de derecho, ni de doctrinas legales... según se desprende de la historia de su establecimiento, sólo procede por infracción de ley “expresamente dictada por el*

⁹ G. 1949, 2º sem., N° 64, pág. 334.

*legislador”, lo que induce a sostener que sólo se refiere al legislador chileno que pueda manifestar su voluntad en la forma prescrita en la Constitución”.*¹⁰

Es decir, las únicas normas jurídicas que pueden ser amparadas por el recurso de casación en el fondo, son las que tienen la categoría de ley.

Más adelante, al tratar específicamente las normas reguladoras de la prueba, estudiaremos qué significa la frase “no se puede fundar en normas que no sean imperativas”.

Por supuesto, este concepto de ley debe entenderse en sentido amplio, es decir, comprender no sólo las leyes en sentido estricto, sino que también aquellas normas de rango legal.

Tal idea ha sido recogida por la Jurisprudencia. Por ejemplo, por sentencia de fecha 23 de Julio de 1974, la Corte Suprema señaló que era procedente el recurso de casación fundado en la violación del Reglamento de Contabilidad Agrícola, contenido en el Decreto Supremo N° 3.090 de octubre de 1964, y que fue dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades delegadas por el artículo 6° transitorio de la ley N° 15.564¹¹. Obviamente, en este caso, la Corte consideró que el decreto supremo citado tenía rango de ley en virtud de la delegación especialmente conferida al Presidente.

Sin embargo, como generalmente los decretos y reglamentos no tienen rango de ley, su infracción no habilita la interposición del recurso. Así, la Corte declaró, con fecha 5 de Julio de 1917, que “...*la violación del Decreto Supremo de 19 de Octubre de 1858, en el supuesto de existir, no es bastante para fundar en ella un recurso de casación en el fondo*”. En igual sentido, la sentencia de fecha 25 de Abril de 1938 señaló que “...*las disposiciones reglamentarias no pueden ser objeto*

¹⁰ Cita 61.

¹¹ R.D.J., T. 71, sec. 1ª, pág. 113.

de un recurso de casación en el fondo, que se refiere a infracciones de ley y esas no son legales.”¹²

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia han reconocido que la infracción a las normas reguladoras de la prueba, es causal de recurso de casación en el fondo.

A esta conclusión se llega, en primer lugar, porque dichas normas no han sido exceptuadas como causal, de manera que no existe norma expresa que las excluya.

Además, al tenor de lo establecido en el artículo 22 inciso segundo del Código Civil, que establece el principio sistemático de interpretación legal, se puede recurrir válidamente a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, en el que la infracción de estas normas está expresamente reconocida como causal del recurso. Así, el artículo 546 de dicho cuerpo legal señala que “la aplicación errónea de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo, sólo podrá consistir: 7º En haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

El recurso de casación en materia penal está regulado de manera mucho más estricta que en materia civil, y si en dicho ámbito es procedente para el caso de infracción a este tipo de normas, no existe razón lógica para no reconocer el mismo criterio en el derecho civil.

Así lo ha señalado la Corte Suprema en distintos fallos¹³, señalando en definitiva que para que la infracción a las normas reguladoras de la prueba haga procedente el recurso de casación en el fondo, es necesario que exista un error de

¹² R.D.J., T 15, sec. 1ª, pág. 19; y T.35, sec. 1ª, pág. 464.

¹³ Sentencia 26 de Septiembre de 1907, R.D.J., T. 5, secc. 1ª, pág.1; y sentencia 25 de Octubre de 1927, R.D.J., T. 25, secc. 1ª, pág.448; 8 de Septiembre de 1933, R.D.J., T. 41, secc.1ª, pág.12; 13 de Mayo 1937, R.D.J., T. 34, secc.1ª, pág.253; 4 de Noviembre de 1944, R.D.J., T.42, secc. 1ª, pág.372.

derecho concerniente a la prueba que influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

En conclusión, toda infracción a una norma legal, cualquiera sea la naturaleza de ésta, habilita la interposición del recurso de casación en el fondo, siempre que cumpla, dicha infracción, con el otro requisito establecido: que influya substancialmente en lo dispositivo del fallo.

1.3. Que la infracción influya substancialmente en lo dispositivo del fallo.-

Al decir de la Corte suprema: *“Para que la infracción influya en lo dispositivo del fallo es necesario que ella determine precisamente la resolución en un sentido diverso a aquél en que se hubiere pronunciado al no haber incurrido en ella”*.¹⁴

De acuerdo a las actas de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, el legislador estableció que no serían impugnables por medio del recurso de casación en el fondo, aquellas sentencias que en su parte considerativa expresara conceptos no conformes a la ley pero que, en la parte resolutive estuvieran substancialmente arregladas a ella.¹⁵

Ello nos indica que la sentencia, en general, contiene elementos substanciales sólo en la parte resolutive.

En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado que el recurso de casación no se da ni procede en contra de los considerandos de la sentencia, sino en contra de la parte dispositiva de ella.¹⁶

¹⁴ Sentencia 20 de Junio de 1932. R.D.J., T.29, secc. 1ª, pág. 487.

¹⁵ Sesión 87, Actas de Comisión Revisora. Párrafo citado por Alejandro Espinosa Solís de Ovando, “De los Recursos Procesales”, Distribuidora Universitaria Chilena, quinta edición, página 240.

¹⁶ Sentencias 6 de Octubre de 1904, R.D.J., T.3, secc.1ª, pág.113; y 10 de Septiembre 1907, R.D.J., T.5, secc.1ª, pág. 39.

Sin embargo no se puede desconocer que en muchas oportunidades los considerandos constituyen una parte esencial de la resolución del asunto, llegando a formar un solo todo con ella.

De esta manera, se concluye que la infracción influye substancialmente en lo dispositivo cuando la mala aplicación de la ley tienen un efecto directo en lo resolutivo del fallo, es decir, cuando determina la resolución del Tribunal.

Esta relación causa - efecto entre la infracción y la decisión del fallo, por tanto, debe ser de tal naturaleza que, si no se hubiese cometido la infracción, la decisión final hubiera sido distinta.

La Jurisprudencia ha desestimado el recurso, aún reconociendo la mala aplicación del ley, en los casos en que, de ser efectiva la infracción, la disposición legal no podría haber tenido una influencia sustancial.¹⁷

Así por ejemplo, es inaceptable una causal de casación fundada en infracciones de disposiciones legales que tratan sobre materias distintas de las contempladas en el juicio, o en infracciones a normas derogadas.

Relacionando dicho criterio con el tema de este trabajo, será imprescindible, pues, determinar si la infracción de la ley significó el establecimiento o desconocimiento de uno o varios hechos que hubieran conducido al Juez a dictar una sentencia en un sentido distinto del que tienen la resolución recurrida.

Obviamente, en primer lugar, se debe examinar cual es la naturaleza de las normas que debe aplicar el sentenciador, en el sentido de determinar sus facultades en cuanto a la decisión sobre el establecimiento de los hechos. Es decir, las normas sobre apreciación de los medios de prueba en forma individual o colectivamente. Esto en razón de que la infracción de ley influye en lo dispositivo del fallo sólo cuando el sentenciador tienen la obligación de aplicarla en el caso concreto. Si no

es así, si el Juez es libre para decidir según su criterio el asunto, naturalmente ninguna infracción podrá existir.

En definitiva, y adelantando algunos conceptos que se precisarán más adelante, la infracción debe recaer sobre normas *decisoria litis*, normas que den reglas precisas que el Juez debe aplicar para llegar, al final de su reflexión, a la decisión del asunto.

Se deduce que necesariamente se debe realizar un ejercicio mental para determinar *hipotéticamente* si la decisión del asunto hubiera sido distinto en caso de no haber infracción.

La Corte ha señalado que, en general, es labor de los jueces de la instancia determinar en qué medida la apreciación valorativa de los medios de prueba influyen en su determinación final.¹⁸

Desde luego discrepamos del criterio de entregar totalmente al juez la facultad de apreciar la prueba, desde que existen en muchos casos reglas precisas que deben ser aplicadas, pero coincidimos en que la influencia substancial de la infracción significa una distinta apreciación valorativa de los hechos que obran en el proceso, y que finalmente determinan la decisión del asunto.

¹⁷ C. Suprema, sentencia 30 de septiembre 1904. R.D.J., T.2, secc. 1ª, pág.298; 10 de Octubre de 1956. R.D.J., T.53, secc. 1ª, pág. 276.

¹⁸ Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha dicho que es “*Difícil, si no imposible, sería que la ley pudiera precisar estas normas en fórmulas concretas que permitieran decidir en cada caso si la ley ha sido o no violada. Infracciones pueden producirse; pero las que se refieren a la mera apreciación de los hechos, a la simple estimación valorativa de los medios de prueba, con independencia de vicios específicos que puedan producirse, escapan a la sanción de la ley; el Tribunal de Casación no puede llegar hasta ellas, y si lo intentara substituyendo la apreciación de los jueces del fondo por la suya propia, invadiría atribuciones que sólo a aquellos competen.*”

Aún en los casos de disposiciones categóricas, de aquellas que por reconocer “pleno valor” a determinados medios probatorios, parecen excluir toda duda, como los artículos 1700 y 1713 del código Civil, 399 y 408 del de Procedimiento Civil, siempre queda entregada en mayor o menor grado a la apreciación de los jueces la tarea de decidir en caso de conflicto entre dos pruebas”. (C. Suprema, sentencia 21 Diciembre 1948. R.D.J., T. 46, secc. 2ª, pág. 273).

En consecuencia, para determinar si la infracción influyó en lo sustantivo del fallo, se debe determinar cuáles son estas reglas que el legislador impone al Juez con el objeto de guiar su decisión, y sólo entonces estaremos en condiciones de comparar la sentencia dictada y la que debió dictar.

Por lo tanto, nos avocaremos al estudio de las denominadas “normas reguladoras de la prueba”, partiendo desde los conceptos generales, es decir, qué significa “la prueba”, para luego estudiar las normas que la regulan.

2.- LA PRUEBA.-

2.1 Concepto.-

En el ámbito no necesariamente jurídico, si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española y buscamos la palabra “prueba”, encontraremos variadas acepciones, de las cuales me remito a citar dos:

a. - Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.

b. - Indicio, señal o muestra que se da de una cosa.¹⁹

Estas dos definiciones, dan la idea de que “prueba” es una característica que poseen ciertas cosas o hechos: la de hacerse conocidos por los sujetos; o, desde otro punto de vista, una característica que le *adiciona* a las cosas o hechos.

¹⁹ R.A.E.. Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., página 1685, tomo II.

En cuanto a la etimología, ciertos autores dicen que la palabra prueba deriva del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende. Para otros, prueba vendría del vocablo *probandum*, que quiere decir recomendar, experimentar, patentizar, hacer fe, como expresan varias leyes de Derecho Romano.

Por otro lado, desde el punto de vista procesal, la palabra “prueba” puede emplearse de distintas formas, según sea el sentido que se le quiera dar y así podemos señalar que:

1° Prueba es la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia.

2° Prueba equivale a los medios de prueba.

3° Háblese de prueba para referirse al hecho mismo de su producción, a la circunstancia de hacerla valer ante los Tribunales. Así se dice, por ejemplo, que la prueba incumbe al actor o al demandado.

4° Por último, por prueba se entiende el resultado obtenido con los medios de prueba de que se hizo empleo, o sea, si hubo o no demostración del hecho que se sostenía. Así se dirá que el demandante probó su acción o que no logró hacerlo.²⁰

²⁰ Antonio Vodanovic H.. Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. (1991). Santiago: Editora de Información Científico – Técnica Ediar - Conosur Ltda., página 400, tomo II.

Frente a todo lo anteriormente expuesto, es indispensable mencionar que son variadas las definiciones que los autores dan para explicar qué se entiende por prueba. Es necesario mencionar algunas:

Baudry- Lacantinerie manifiesta que debe entenderse por prueba *“la demostración, con la ayuda de los medios autorizados por la ley, de la exactitud de un hecho, que sirve de fundamento a un derecho pretendido o que se reclama”*.

Al realizar lectura más detenida de esta definición, que un primer momento puede parecer exacta, nos damos cuenta que puede ser objeto de comentarios:

- Es necesario recordar que la prueba versa tanto sobre hechos como sobre actos jurídicos.

- Es manifiesta la contradicción en que se incurre al señalar, en un comienzo, que con la demostración el derecho se vuelve eficaz y útil, lo que no tendría concordancia con su frase final *“que sirve de fundamento a un derecho pretendido”*.

- Debiera incluirse la frase *“relación jurídica”*, ya que hay ocasiones en que lo que estaría en juego no es tanto un derecho, sino una relación jurídica, de la que indirectamente surgen derechos.

Veamos si la doctrina realiza una conceptualización más completa:

Couture dice que prueba *“es un método jurídico de verificación de las proposiciones de las partes”*. En este caso, la característica más relevante de la prueba es que su objeto no son los hechos, sino que las *“afirmaciones”* de las partes, que a su vez tiene como fundamento los hechos.

Alcalá Zamora concibe la prueba como *“un conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta”*.²¹ Este autor pone énfasis en el destinatario de la prueba, el juez.

Lois Domat dice que se da el nombre de prueba a lo que persuade al espíritu de una verdad.²²

Planiol y Ripert señalan que probar es *“someter al juez de un litigio los elementos de convicción aptos para justificar la verdad de un hecho del cual depende la existencia o extinción de un derecho”*. La definición que da este autor, parece más cercana al desarrollo de la prueba en el proceso, ya que las partes primero alegan una pretensión y posteriormente “prueban” ante el juez los hechos que la fundamentan.

Carlos Lessona dice que probar es *“hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser”*. Es interesante destacar que esta definición agrega un nuevo elemento que en sí no constituye una característica de la “prueba”, pero que tiene importancia respecto de sus normas: sólo se prueba los hechos controvertidos. En nuestro trabajo deberemos analizar entonces si existen normas que establezcan los hechos sometidos a prueba. Además, la definición expresa el objetivo de la prueba, obtener certeza.

²¹ Liliana Salgado F.. La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. (1979). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 11.

²² Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno y Comparado. (1939). Santiago: Editorial Nascimento, página 656.

Francisco Ricci señala que probar “*vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido, y ha existido de un determinado modo y no de otros*”.

Eduardo Bonnier dice que: “*Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad*”.

En resumen, podemos distinguir dos tipos de definiciones, aquellas que le dan a la prueba un sentido ontológico, el demostrar la existencia de un hecho o de una cosa, o aquellas que enfatizan su finalidad procesal, proporcionar certeza al juez sobre la ocurrencia de dichos hechos. Por supuesto, ambos objetivos no son excluyentes y pueden ser reunidos en una sola definición: “Prueba” es el mecanismo mediante el cual las partes demuestran los hechos que fundamentan sus pretensiones, con el objeto de proporcionarle al juez la certeza necesaria para decidir el asunto controvertido. Entendemos por “mecanismo” un “conjunto de actos relacionados entre si y que cumplen una función u objetivo común”.

Desde este punto de vista, por “prueba judicial” se entiende que es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o certeza sobre los hechos.

En cuanto a definiciones de la jurisprudencia, la Corte Suprema ha dicho que “*probar es producir un estado de certeza en la mente de una o varias personas respecto de la existencia de un hecho o de la verdad o falsedad de una proposición*”. También ha dicho que “*prueba es el establecimiento de un hecho del cual depende la pretensión o contrapretensión hecha valer por los medios y en la forma establecida por la ley*”.²³

Finalmente, por derecho probatorio, entendemos que es el conjunto de principios y normas que regulan la admisión, estructura, aporte, producción y

²³ Cristian Maturana Miquel. Aspectos Generales de la Prueba. (1999), página 5.

valoración de los medios para lograr la convicción del juez sobre los hechos que interesan para resolver las peticiones de quienes recurren a él.²⁴

2.2 La prueba en el proceso.

Con el objeto de determinar el ámbito de aplicación de este “derecho probatorio”, y con el fin de examinar cuando sus principios son aplicables, analizaremos la relación que existe entre proceso y prueba, ya que es en aquél donde ésta se materializa.

Como primer punto debemos destacar que cualquiera sea la naturaleza del proceso de que se trate va a ser necesario producir la prueba pertinente. De tal modo que no sólo se producirá prueba en los procesos contenciosos sino que también tratándose de cualquier gestión en que se reclame un bien jurídico. Esto tiene importancia, ya que expande la aplicación de las llamadas normas reguladoras de la prueba a todo proceso en que se decida una pretensión alegada por una parte.

Como ejemplo de lo recién expuesto, en una gestión no contenciosa, los hechos que tendrán que probarse son los que se invoquen por el interesado y que constituyen el supuesto fáctico de las normas jurídicas que fundan las peticiones que se formulan al juez.

En el proceso civil impera el principio dispositivo, correspondiéndole a las partes del juicio indicar y probar los hechos sobre los cuales el juez formará su convicción y aplicará el derecho pertinente. Por el contrario, en el proceso penal impera el principio inquisitivo, tomando el juez un papel activo en el impulso del proceso, en las indagaciones y en la prueba de los hechos.

²⁴ Daniel Peñailillo Arévalo. La Prueba en Materia Sustantiva Civil. (1984). Universidad de Concepción, página 6.

Como consecuencia de que los hechos ocurren fuera y antes del proceso, es necesario llevarlos a él, para así obtener el convencimiento del juez de que lo que se representa por las partes en juicio corresponda realmente a lo ocurrido. Tal conclusión es compartida también por la Jurisprudencia, específicamente por la Corte Suprema, quien señaló que “en materia civil, los jueces tienen únicamente la iniciativa en la aplicación de la ley; **y las partes la de allegar los hechos en que se basan las acciones y excepciones aducidas al juicio.**”²⁵

Es de vital importancia que el hecho que se trata de probar sirva de fundamento al derecho que se pretende, ya que sería inútil probar hechos que no nos permitan lograr la finalidad buscada. Así, los hechos que se prueban deben revestir el carácter de substanciales, pertinentes y controvertidos, de manera que su justificación tenga como consecuencia el establecimiento del derecho objeto del conflicto.

Por tanto, podemos claramente deducir que existe una relación lógica entre verdad y prueba, ya que la prueba pretende llevar al proceso lo que realmente sucedió.

La verdad desde el punto de vista procesal corresponde a la verdad sensible y tangible, muy distinta a las verdades superiores tan anheladas por los filósofos y también distinta a la verdad que busca el historiador.

Frente al rol que le corresponde desempeñar al juez en un juicio es útil recordar un adagio de muy antigua data, que dice: “*Da mihi factum dabo tibi ius*”, o sea, “Dame los hechos y yo te diré el derecho”.²⁶

En cuanto a los hechos, ellos deben ser probados en el proceso. Esto, por supuesto, determina que existan normas que regulen la prueba tanto en el ámbito

²⁵ Sentencia 6 de Mayo de 1964, R.D.J., T. LXI, sec. 1ª, pág.81.

²⁶ Antonio Vodanovic H.. Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. (1991). Santiago: Editora de Información Científico – Técnica Ediar – Conosur Ltda., página 404, tomo II.

espacial como temporal, es decir, que reglamenten la oportunidad y el lugar en que ésta deba rendirse y recibirse. La naturaleza de este conjunto de normas es variado, y deberemos entregar otros conceptos antes de aventurar una conclusión al respecto, pero a primera vista es fácil darse cuenta de que la mayor parte de ellas son normas de carácter reglamentario y procedimental, que difícilmente podrán ser alegadas como fundamento en un recurso de casación en el fondo.

2.3. Los fines de la prueba.-

Al definir la “prueba”, se hizo alusión a un elemento no integrado a su concepto, pero que procesalmente tiene importancia agregarlo, ya que establece sus objetivos. Me refiero, a la finalidad de la prueba.

En cuanto a los fines extraprocesales de la prueba, es útil mencionar algunos ejemplos como: dar seguridad a las situaciones jurídicas, prevenir y evitar litigios. Los fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba, siempre en su favor y en su beneficio, no representan el fin que le corresponde por sí misma, por su naturaleza y su función procesal.

Ahora bien, en el juicio mismo, el fin de la prueba es hacer eficaz un derecho o una relación jurídica. Para obtener la eficacia de ellos, se deben probar los hechos que constituyen el objeto de la prueba, que a su vez son la base de donde surgen los derechos. Si probamos un hecho obtenemos como consecuencia el reconocimiento jurídico de un derecho.

El artículo 1470 N° 4 del Código Civil mantiene como obligación natural una obligación civil “que no haya sido reconocida en juicio por falta de prueba”, lo que

significa que si no existe prueba a su respecto, no habrá lugar a derecho para exigir su cumplimiento.

En materia judicial se ha discutido ampliamente acerca de la finalidad que persigue la prueba. Frente a esto se nos presentan tres teorías:

1° La que siguen autores como Bentham, Ricci y Bonnier, que le asignan a la prueba el fin de establecer la verdad. Esta teoría no pareciera ser correcta, porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, sin que ello sea fundamental para lograr el convencimiento del juez al fallar.

2° La que ve en la convicción del juez el fin de la prueba judicial. Aunque puede ocurrir que esa certeza no corresponda a la realidad. No obstante existir esta incongruencia, la mayoría de los autores defienden ésta tesis como es el caso de Lessona, Furno, Chiovenda y Carrara.

3° La que dice que el fin de la prueba está en la fijación de los hechos del proceso. La consideramos como una manera gráfica de indicar el resultado de la prueba, pero esa fijación de los hechos se considera obtenida cuando el juez adquiere certeza o convicción sobre su existencia o inexistencia, sin que pueda exigirse que esté siempre en posición de la verdad. Tiene importancia, en este punto, la naturaleza del asunto controvertido. Así en aquellos en que exista un interés público comprometido, como en el área penal o familiar, los ordenamientos estarán orientados mas bien al descubrimiento de la verdad. Por el contrario en ámbitos privados, se estará mas que nada a la fijación formal de los hechos provenientes de las afirmaciones de las partes.

Para armonizar la polémica, es posible sostener que, no obstante que teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las excepciones, en el fondo esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de un hecho y, en todo caso, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen los hechos sobre los cuales recaen tales afirmaciones.²⁷

Es necesario agregar una afirmación hecha por Carnelutti que señala: “*Los hechos se prueban, en cuanto se conozcan para comprobar las afirmaciones*”.²⁸ O sea, las partes si quieren ver acogidas sus peticiones, necesitan establecer la verdad o existencia de los hechos que fundamentan el derecho que pretenden..

Frente a este planteamiento don Carlos Anabalón Sanderson señala que la finalidad de la prueba consiste en procurar la convicción de los jueces sobre la verdad de los hechos afirmados por las partes, lo que éstas realizan a través de actos que se traducen en las consabidas aportaciones de pruebas.²⁹

Como conclusión, es importante señalar que si el fin de la prueba fuese establecer la verdad, en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Ese razonamiento nos indica que el fin de la prueba es darle al juez la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error.

²⁷ Hernando Devis Echandía. Compendio de Pruebas Judiciales. (1969). Bogotá: Editorial TEMIS, página 44.

²⁸ Francesco Carnelutti. La Prueba Civil. (1982). Buenos Aires: Ediciones Depalma, página 40.

2.4. Los hechos exentos de prueba.-

Hemos anticipado que una importante característica procesal de la prueba es su objeto, es decir, qué se prueba.

Constituye la primera norma reguladora de la prueba que examinaremos, en consecuencia, esta particularidad; lo que la ley ha ordenado que no debe probarse porque está exento de prueba. Posteriormente analizaremos que es lo que sí las partes deben probar.

Casi todos los hechos deben ser probados. Sin embargo, como excepción, la doctrina señala que existen hechos que se presumen, hechos notorios o de pública notoriedad y hechos evidentes, que no requieren prueba. Por la calidad que revisten tales hechos, el juez **debe** darlos por establecidos y, por tanto, aplicarlos al proceso. Lógicamente es importante determinar si esta obligación es absoluta, o si admite excepciones, es decir, si existe la posibilidad de probar lo contrario.

Habría que agregar, teniendo presente las distintas teorías que existen sobre la carga de la prueba, y que estudiaremos más adelante, que también estarán exentos de prueba los hechos normales, es decir, aquellos que deben suponerse conformes a la normal y regular ocurrencia de las cosas, sin ser hechos notorios o evidentes (por ejemplo, lo normal es que las personas sean libres actualmente, de forma que cualquier vínculo jurídico debe probarse, por ser un hecho *anormal*).

Couture habla, en relación a los hechos evidentes, de la *prueba prima facie*, es decir, aquella que se puede extraer de los principios prácticos de la vida y de la experiencia, lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas.³⁰ De alguna forma, esto significa que se confía en la capacidad de percepción del juez:

²⁹ Carlos Anabalón Sanderson. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. (1954). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 203.

³⁰ E.J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil (1981),pág. 231, Ediciones Depalma, Argentina.

en sus facultades de percibir las reglas generales de la realidad, en su capacidad de distinguir entre aquellos hechos que ocurren generalmente o no. Por ejemplo, es un hecho evidente que las cosas tienden a caer. En general, los hechos evidentes son aquellos que se pueden describir mediante leyes físicas.

El principio *notoria non egent probatione*, que expresa que los hechos notorios no deben probarse, que surgió en el derecho canónico y luego pasó al derecho común, es una derivación del principio de economía procesal. Pero tiene el inconveniente, al parecer, de *suponer* una cultura promedio en el lugar y tiempo en que se aplica a un proceso. Además, la natural reticencia a utilizar este mecanismo y omitir la prueba, debido a que en el pasado se tergiversó a tal punto de llegarse a condenar a inocentes por el sólo clamor público, tal como lo relata muy bien el profesor Piero Calamandrei³¹, hace especialmente importante precisar el concepto.

La notoriedad consistiría, dice el profesor Calamandrei, en que son hechos tan generalmente conocidos que su prueba no significaría una mayor convicción del juez.

Desde luego nuestro legislador utiliza el término “notorio” en sentidos diferentes: así habla, por ejemplo, de la posesión notoria del estado civil, exigiendo especialmente su prueba a través de medios determinados.

No es ese el sentido que debemos darle al “hecho notorio” eximido de prueba, sino que a aquél que tiene la cualidad de ser “evidente y público”.

Muchas veces los tratadistas incurren en la falacia de definir los hechos notorios como aquellos “que no necesitan prueba”, sin entregar más luces al respecto. Para salvar ésta equivocación, Calamandrei proponer buscar la definición de hecho notorio antes y fuera del proceso, ya que es una excepción a la máxima

que prohíbe al juez fundar su fallo en conocimientos personales. Sin embargo, la aplicación de este concepto no significa consagrar el deber del juez de conocer de oficio los hechos notorios y de tenerlos en cuenta aún sin alegación de parte. El juez está sujeto a la prohibición de utilizar su conocimiento personal en la determinación de la verdad del proceso (derivación del principio dispositivo que impone a los litigantes la labor de proporcionar al juez los medios de convicción), y también a la prohibición de traer al proceso otros hechos que los alegados por las partes, es decir, ampliar el ámbito de la litis.

Una justificación de la prohibición de admitir los conocimientos personales del juez es que aceptemos la incompatibilidad psicológica entre la función de juez y la de testigo. Por lo tanto, sólo se pueden admitir hechos notorios relevados de prueba si se garantiza la imparcialidad del juez. Y esto se logra exigiendo más que el simple “conocimiento general del hecho en el tiempo y lugar en que se desarrolla el juicio”. Por supuesto, el número de personas que afirmen conocer el hecho no puede significar una diferencia conceptual, más aún cuando estos hechos notorios muchas veces se refieren a acontecimientos históricos que en pocos casos están en el saber ordinario de la gente común. Pocos pueden afirmar con certeza la fecha exacta de los acontecimientos relevantes de nuestra historia. La característica esencial del hecho notorio, es su pertenencia a esas nociones y conocimientos que denominamos “cultura”, y que tiene que ver con conceptos otorgados por la experiencia y la tradición. Al decir de Calamandrei: pueden ser utilizados sin temor por el juez, porque *“el control y la crítica (de este conocimiento) se han llevado ya a cabo fuera del proceso”*.³²

³¹ Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil, traducción de don Hugo Pereira, apuntes de clase La definición de hecho notorio, 1993, Central de Apuntes, Escuela de Derecho, U. De Chile.

³² Piero Calamandrei, obra citada, pág. 203.

Por esta razón, no es necesario que el juez posea de antemano dicho conocimiento. Si es así, lo utilizará directamente para decidir la cuestión, en caso contrario, podrá acudir a los libros de historia o de otras ciencias en los cuales el hecho se encuentra registrado.

Pero lo importante es que la calificación de hecho “notorio” es más una cuestión de hecho que de derecho, ya que se trata, principalmente, de indagar en el acervo cultural de un determinado grupo social. Pero las consecuencias de dicha constatación, tiene que ver con la valoración del hecho que se da por probado.

Podríamos decir, entonces, respecto de estos hechos exentos de prueba, que el legislador ordena al juez suponer que estos hechos ya fueron probados. Entonces la presunción consistiría en una ficción de hecho: la de haberse rendido la prueba. Esto es consecuente con la facultad de las partes de probar el hecho contrario, es decir, acreditar por otros medios que el hecho que se supone real por su notoriedad o por su congruencia con las leyes físicas o de la naturaleza, no es tal. Se estaría probando, por ejemplo, un error común o un hecho de ocurrencia extraordinaria. Lógicamente son muy escasos los ejemplos de este tipo de situaciones.

Por último, es importante señalar que, a diferencia de lo que ocurre con los hechos evidentes, sí existe un reconocimiento expreso al principio jurídico que releva de prueba al hecho notorio. En efecto, el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, en relación a los incidentes, señala que el juez puede resolver de plano (es decir, sin necesidad de rendir prueba), aquellas peticiones que se funden en hechos que constan en el proceso (y en este caso no queda relevado de prueba, más bien se omite la etapa probatoria porque la ley supone que la prueba ya fue rendida o existe en el proceso), *o sean de pública notoriedad, lo que el Tribunal consignará en su resolución.*

3.- LAS NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA.-

3.1. Definición.-

La doctrina ha definido de varias maneras este heterogéneo grupo de normas. Así es como ha dicho que las leyes reguladoras de la prueba constituyen normas básicas de juzgamiento, que contienen las obligaciones, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores.

Es interesante destacar que se pone énfasis que en el destinatario de estas normas, siempre es el Juez, quien es el sujeto pasivo de estas obligaciones, limitaciones y prohibiciones. Por otra parte, la infracción a dichas normas se produce cuando la sentencia quebranta o se aparta de tales limitaciones, pero no se infringen cuando los jueces ponderan los elementos de hecho y llegan a conclusiones determinadas.³³

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, don Waldo Ortúzar L. observa también que la violación de las leyes reguladoras de la prueba es la infracción de aquellas disposiciones legales que reglan o limitan el ejercicio de la facultad de los jueces de dar por establecidos los hechos del proceso.³⁴

La Jurisprudencia ha definido las normas reguladoras de la prueba, más allá de enumerarlas o describir el tipo de normas que las constituyen. Así ha señalado que *“las leyes reguladoras de la prueba son aquellas normas fundamentales*

³³ Liliana Salgado Fernández. La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. (1979). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 102.

³⁴ Waldo Ortúzar Latapiat. Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal. (1958). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 391.

*impuestas por la ley y que importan verdaderas prohibiciones o limitaciones dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento...”*³⁵

Es decir, según la doctrina y la Jurisprudencia, éstas normas son prohibiciones o limitaciones al Juez. ¿limitaciones o prohibiciones de qué? Veremos más adelante que el legislador, en general, se limita a enumerar los medios de prueba, pocas veces poniendo trabas a su concurrencia para acreditar todo tipo de hechos, y entrega al Juez, salvo contadas excepciones, la labor de apreciarla según su conocimiento y experiencia. Es por eso que se puede afirmar que estas normas son una limitación y una prohibición al Juez al realizar su labor.

En el mismo sentido la Corte, por sentencia de fecha 29 de Enero de 1998, señaló que “... sólo tienen el carácter de leyes reguladoras de la prueba aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los sentenciadores y que importan prohibiciones o limitacionespor lo que las únicas situaciones en que se pueden infringir tales normas, son las de invertir el peso de la prueba, aceptar un medio que la ley rechace o desestimar alguno que la ley autorice y alterar el valor probatorio de los distintos medios o elementos de convicción producidos en el proceso”.³⁶

Por otro lado, la Jurisprudencia también ha señalado que estas normas tienen por finalidad resguardar los derechos de las partes, para que la prueba rendida cumpla con los requisitos necesarios para darle fe como tal y, de esta manera, garantizar que la sentencia se funda en antecedentes que son suficientes para lograr una convicción que excluya el arbitrio.³⁷

Por lo tanto, estas limitaciones y prohibiciones impuestas al Juez, tienen por objeto restringir un ámbito que naturalmente le pertenece, la basta libertad de

³⁵ R.D.J., secc. 1ª, pág.45, T. LXXXIX, Mayo-Agosto 1992.

³⁶ R.D.J., secc. 1ª, T.XCV N°1, pág. 8.

³⁷ G. 1949, 2º sem., N° 57, pág. 314.

apreciar la prueba rendida en el proceso. Y no podría ser de otra manera, ya que, finalmente, nuestro sistema pone en manos del Juez, más que en la norma explícita, la labor de juzgar.

Es por ello que la sentencia de fecha 16 de mayo de 1956 señala que “*las leyes reguladoras de la prueba son aquellas normas básicas que importan una limitación de las facultades privativas de los sentenciadores*”.³⁸ Es decir, constituyen el estatuto jurídico mínimo con que cuenta el Juez para iniciar sus reflexiones dirigidas a adoptar una decisión.

En resumen, las leyes reguladoras de la prueba son aquél conjunto de normas que consagran los medios probatorios, su valor y su admisibilidad, y las reglas de apreciar la prueba.

En atención a esta breve definición, podemos señalar que la infracción de estas leyes se puede producir:

- En cuanto a los medios de prueba, la infracción puede ser o aceptar como medio de prueba uno que el legislador rechaza, o rechazar como medio de prueba uno que el legislador acepta;
- En cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba, la infracción puede consistir en declarar inadmisibile un medio de prueba en un caso concreto, o bien declarando admisible un medio de prueba que en ese caso concreto era inadmisibile;

³⁸ R.D.J. , t. 55, sec. 4^a, pág. 95.

- En relación con las normas sobre la carga de la prueba, la infracción puede ser errando al decir cual de las partes estaba cargada con el respectivo peso de la prueba;
- En cuanto a la manera de producir la prueba, la infracción puede consistir en no respetar las regulaciones que el legislador ha señalado para cada uno de los medios en particular;
- Y en cuanto a las normas sobre apreciación de la prueba, la infracción será ya sea valorando una prueba más allá de los márgenes que el legislador permite o desconociendo el valor probatorio con infracción a la norma valorativa respectiva.³⁹

3.2. Cómo se encuentran expresadas en la ley las normas reguladoras de la prueba.-

Las reglas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil constituyen los conjuntos normativos más completos y son de aplicación general y supletoria. Es por eso que, en general, ellos reconocen de manera más expresa y completa el conjunto de normas reguladoras de la prueba. Sin embargo, nuestra legislación adolece de una sistematización acorde que facilite su estudio.

En el Código Civil la prueba se encuentra regulada en el Libro IV “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, específicamente en el Título XXI “De la Prueba de las Obligaciones”, que va de los artículos 1698 a 1714. Además de

³⁹ Apuntes de clases del Profesor Juan Agustín Figueroa.

este Título, el Código Civil contiene muchas normas probatorias para situaciones específicas, por ejemplo, el Título XVII del Libro I, “De las Pruebas del Estado Civil” (artículo 304 a 320).

El Código de Procedimiento Civil la reglamenta en el Libro II “Del juicio ordinario”, Títulos IX, X y XI (artículos 318 a 429). Sin perjuicio de otras disposiciones, como por ejemplo, los artículos 90, 818, 819.

El Código Orgánico de Tribunales regula la prueba instrumental desde el artículo 403 al 414. Por otra parte el Código de Comercio trata la prueba de las obligaciones mercantiles en los artículos 127 al 129; los Libros de Comercio, como particularidades dentro de la prueba instrumental desde los artículos 25 al 44 y a la costumbre en los artículos 4 a 6.

Con respecto al epígrafe citado del Código Civil, ha surgido la discusión en la doctrina que pareciera indicar que los artículos 1698 y siguientes hacen referencia sólo a la prueba de las obligaciones. Sin embargo, dicha conclusión es equivocada, ya que ha de incluirse en ellos también tanto la prueba de la extinción de las obligaciones, como, en general, la prueba de los actos y de los hechos jurídicos.

La redacción del epígrafe citado ha de entenderse en el sentido que don Andrés Bello, al abordar éstas materias, siguió a los legisladores del Código Civil Francés, los que, a su vez, al redactar dicho Código, tuvieron presente el ejemplo de Pothier, quién en su “Tratado de las obligaciones” destinó la cuarta parte a la “Prueba tanto de las obligaciones como de sus pagos”.

Si tomáramos al pie de la letra lo que nos indica el epígrafe en cuestión, tendríamos que desprender que las normas del Código estarían refiriéndose únicamente a las obligaciones convencionales y tendríamos que plantearnos la interrogante: ¿Cuáles serían entonces los principios que rigen la prueba de las

obligaciones que resultan de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito, cómo deberían probarse la prueba de los derechos reales?.⁴⁰

Necesariamente se concluye que no es admisible una interpretación literal, debiendo considerarse que el Código no contiene otras reglas respecto a la prueba de los derechos y obligaciones patrimoniales y, por tanto, las reglas de los artículos 1698 y siguientes son generales por su propia naturaleza de modo que no habría ningún razonamiento lógico para limitarlas a las obligaciones convencionales únicamente, ni tampoco para limitarlas a la prueba de la existencia de las obligaciones convencionales y no incluir todos los modos de extinguir obligaciones.

La Jurisprudencia ha reconocido esta interpretación amplia, como lo refleja la sentencia de casación de fecha 20 de Junio de 1962, y que señala que: “*si la demandada sostuvo que los cheques entregados por ella fueron en cancelación de la deuda que se le cobró, a ella correspondía probar este hecho extintivo de la obligación, por ordenarlo así el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil...*”.⁴¹

También la Corte, por sentencia de fecha 23 de Julio de 1965, determinó que le corresponde a la parte probar el hecho modificativo que alega. De este modo señala que “*viola el artículo 1698 del Código Civil la sentencia que exonera al reclamante de probar que las deudas de que se tratan eran incobrables*”.⁴² En este caso, sobre impuesto a la renta, la sentencia determinó correctamente que era el contribuyente que le agrega a la deuda la calidad de incobrable, quien debía probar su afirmación.

⁴⁰ Cuestionamiento que plantea Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno y Comparado. (1939). Santiago: Editorial Nascimento, página 659, tomo duodécimo.

⁴¹ R.D.J., T.LIX, secc. 1ª, pág. 181.

⁴² R.D.J., T. LXII, sec. 1ª, pág. 235.

No obstante ser la ubicación de estas normas sobre la carga de la prueba inadecuada, ellas dominan el Derecho Civil entero y se aplican tanto a los hechos como a los actos jurídicos. Solamente no se procederá a ocupar dichas normas, cuando existan reglas especiales, como ocurre por ejemplo en el caso de las pruebas del estado civil.

La tendencia actual es darle una ubicación adecuada al tema y por tanto lo correcto sería incluirlas en una sección general, como lo sería el Título Preliminar.

Por otro lado es necesario señalar que, históricamente, en los primeros proyectos del Código Civil no se incluyó la materia relativa a la prueba. Quizás la razón de esto haya sido que el legislador la considerara más propia de un Código de Enjuiciamiento. Sólo aparece por primera vez en la primera revisión del proyecto inédito de 1853.

Por último en cuanto a las leyes especiales que regulan el tema, podemos nombrar a la ley 16.618 de Menores; a la ley 15.231 de Juzgados de Policía Local y a las reglas probatorias del ámbito penal que están contenidas en el respectivo Código Penal, Código de Procedimiento Penal y en leyes especiales.

3.3. Naturaleza jurídica.-

Un punto importante en nuestro trabajo es establecer la naturaleza jurídica de las normas de la prueba, ya que uniformemente la jurisprudencia ha reconocido la procedencia del recurso de casación en el fondo a aquellas normas “decisoria litis”. Estudiamos que, en realidad, esta limitación se fundamenta en el requisito exigido en la infracción cometida por el Juez: influir sustancialmente en lo dispositivo del

fallo. De esta manera, podremos determinar si las todas las normas reguladoras de la prueba tiene una relación directa con la decisión del asunto controvertido.

Para determinar la naturaleza jurídica de las normas legales que regulan la prueba, es preciso saber a qué sector jurídico pertenece en cuanto figura de derecho.

Frente a este problema tenemos dos respuestas extremas y una intermedia.

Las respuestas extremas son las que ven en la prueba una operación estrictamente material o estrictamente procesal; la respuesta intermedia es la que divide la regulación jurídica de esta materia, distinguiendo un aspecto material y un aspecto formal de la prueba, como hace el derecho positivo español en lo que a la prueba civil se refiere, entre el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.⁴³

Antes de abordar la discusión doctrinaria que ha surgido respecto a este tema, es preciso señalar qué se entiende por normas probatorias “de fondo” y “de forma”.

Las primeras son las que determinan cuáles son los medios de prueba y describen su estructura; las que señalan valor probatorio; las que establecen la admisibilidad o inadmisibilidad de cada medio de prueba; y las que constituyen los elementos del acto probatorio mismo (es decir, quién prueba y qué prueba).

Las segundas son las relativas a la producción de la prueba, a la manera de rendirla ante el órgano competente.

Como una primera opinión, se ha dicho que la materia que trata sobre la prueba pertenece a las disciplinas del Derecho Civil y del Derecho Procesal, porque en ellas hay normas “de fondo” o civiles y normas “de forma” o procesales.

En este sentido se pronuncia Jaime Guasp, admitiendo que en el derecho probatorio hay normas substantivas y procesales, pero limita la primera calificación

⁴³ Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. (1968). Madrid: Institutos de Estudios Políticos, página 321, tomo primero.

sólo a las leyes que imponen solemnidades a ciertos actos, calificando de procesales a todas las restantes.

La Corte Suprema con fecha 20 de mayo de 1921, pronunciándose sobre recurso de Casación señaló: *“El estudio de la prueba se relaciona con el derecho civil y con el derecho procesal y, como el artículo 1698 del Código Civil establece el principio fundamental de la prueba de las obligaciones, debe considerarse como ley sustantiva y no de procedimiento”*.⁴⁴

En relación a este punto, don Emilio Rioseco reconoce la importancia de esta clasificación, ya que es un factor importante para determinar la procedencia del recurso de casación en el fondo, el que sólo sería procedente frente a normas “decisoria litis”, las que no necesariamente se encuentran recogidas en los códigos sustantivos, a la vez que éstos muchas veces contiene normas de procedimiento.⁴⁵

⁴⁴ Emilio Rioseco Enríquez. La Prueba ante la Jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal Civil. (1982). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 22.

⁴⁵ El profesor, textualmente señala que *“Es evidente que la materia relativa a la prueba ocupa una posición mixta, no sólo en el derecho civil y procesal, sino que también en el derecho público y privado. Es así como caen en el ámbito del derecho civil las disposiciones relativas a la determinación de los medios de probatorios, su admisibilidad, su valoración y el onus probandi, al paso que se preocupa el derecho procesal de todo lo que dice relación con la producción o modo externo de ofrecer y rendir las probanzas.*

Naturalmente que la línea de separación no es muy estricta, porque varias disposiciones valorativas tienen un carácter más bien procesal, a la vez que se contienen en el Código Civil normas de producción probatoria (artículos 81, 1037 y 1038).

Habrá que atender, pues, más que a la ubicación a la naturaleza de los respectivos preceptos, siendo de carácter civil todos aquellos que, como los mencionados, revisten el carácter de leyes decisoria litis y siendo de índole procesal los que por mirar a la sola ritualidad del proceso configuran normas ordenatorias.

Tal distinción presenta importancia ya que la infracción de leyes decisorias que influye substancialmente en lo dispositivo del fallo, autoriza el recurso de casación en el fondo por tratarse de violación de leyes reguladoras de la prueba; en cambio el quebrantamiento de preceptos ordenatorios de la litis sólo puede motivar un recurso de casación en la forma, si concurren la causal y los requisitos por los cuales se concede este recurso.

El carácter mixto de las leyes probatorias en orden a que sean de derecho público o privado es importante para considerar la renunciabilidad de ciertos derechos”.

Una parte de la doctrina sostiene que la materia relativa a la prueba cae principalmente dentro del campo del Derecho Procesal, porque, por regla general, es ante los tribunales, como motivo de un litigio, que los interesados intentan probar sus respectivas pretensiones. De ahí que el Código de Procedimiento Civil consagre minuciosas disposiciones al respecto.

Siguiendo esta línea de pensamiento, hay que tener en cuenta opiniones que dan distintos autores, como Eduardo Bonnier, quien ha sostenido que: *“Aplicada así al hecho la teoría de las pruebas, lo cual deja a ésta aún una inmensa latitud, se refiere dicha teoría íntimamente a la ejecución o aplicación práctica del derecho. Debe tenerse presente, sobre este punto, que el derecho, así como todas las ciencias que no son puramente teóricas, encierra dos elementos muy distintos: los principios de fondo, que son el objeto de la Ley, es decir, las reglas sobre la propiedad, sobre las obligaciones, etc., y los medios de aplicación, con el auxilio de los cuales estos principios se revisten de un cuerpo; la organización judicial, las formas del procedimiento, etc. Esta distinción se formuló por Bentham con bastante propiedad al dividir las leyes en Leyes sustantivas y Leyes adjetivas. En materia de las pruebas entra evidentemente en la segunda de estas categorías. No se trata ya, en efecto, de investigar cuáles serán las consecuencias legales de tales o cuales hechos, sino más bien de reconocer cómo se llegará a consignar su existencia”*.

Por su parte, Niceto Alcalá-Zamora en “Estudios de Derecho probatorio” estima que debe acogerse la distinción entre normas probatorias generales, o sea las establecidas para cualquier clase de litigios, y normas probatorias especiales, es decir, las referentes a una concreta institución (ejemplo: investigación de la paternidad, exclusión del testimonio indirecto en materia de injurias): las primeras, que son a la vez la mayoría y las esenciales, deben incorporarse en bloque a los

códigos procesales; las otras, en cambio, igual pueden permanecer en los códigos sustantivos.⁴⁶

Por otra parte, también se ha dicho que en un sistema legal que no consagre formalidades documentales “ad substantiam actus”, es decir, necesarias para la existencia o la validez de actos o contratos, la materia de la prueba en general, y por tanto, el derecho probatorio, tendría un claro carácter procesal, puesto que todos los medios servirían apenas para producir la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos, aunque esa convicción puede llevarse fuera del proceso, a personas que no tienen investidura jurisdiccional, e inclusive, que no sean funcionarios del Estado en ninguno de sus órganos.

Las normas consagradas en los Códigos Civiles, Comerciales o de Minas, para regular la forma como pueden probarse los actos y contratos, en apariencia contemplan exclusivamente los derechos y obligaciones materiales que de estos se deducen; pero esto no les quita su carácter puramente procesal, porque, sea que lo adviertan o no los interesados, contienen una norma de conducta para el juez que pueda llegar a verse en la necesidad de decidir en un proceso si esos actos o contratos existieron y cuáles son sus características; si las partes piensan en prevenir el litigio procurándose el medio que la ley contempla, obran en consideración a que el juez exigirá su cumplimiento, si el proceso se produce.

Toda norma que consagra formalidades simplemente “ad probationem” tiene un exclusivo carácter procesal, aun cuando esté en un Código Civil o Comercial; la determinación del grado de eficacia o fuerza probatoria de esas formalidades y de cuáles sirven para cada acto o contrato, es un mandato dirigido al juez para el caso de resolver sobre su existencia y modalidades.

⁴⁶ Daniel Peñailillo Arévalo. La Prueba en Materia Sustantiva Civil. (1984). Universidad de Concepción, página 14.

Sin embargo, en muchos países, como el nuestro, existen normas civiles o comerciales que exigen una solemnidad especial para la existencia o la validez de ciertos actos o contratos, como la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles y para la constitución, reforma o disolución de sociedades comerciales, y el documento privado en las promesas de contrato. Para ellos el documento público no es solamente una prueba, sino un requisito “ad substantiam actus” que pertenece a la regulación sustancial de la respectiva materia, y, por lo tanto, la norma que lo consagra forma parte del derecho material; mas no puede desconocerse que también, en tales casos, ese documento público o privado sirve asimismo para probar ante el juez la existencia del acto. Se cumplen entonces las dos funciones, material y procesal, pese a que los contratantes, cuando llenan la formalidad, pueden pensar solamente en la válida celebración del acto y en la adquisición de los derechos y obligaciones que de él se deducen, sin tener en cuenta la posibilidad de servirse del documento para establecer en juicio su existencia.⁴⁷

Como contrapartida a que las reglas probatorias pertenezcan solamente al ámbito procesal, es útil tener en cuenta que tienen un carácter netamente substantivo las reglas sobre los instrumentos de prueba del estado civil y de la posesión inscrita de inmuebles. Así también, si tomamos en cuenta el fundamento antes mencionado, que serían normas procesales por desarrollarse en un litigio, es procedente tener bien en claro que existen situaciones que deben probarse fuera de todo juicio o litigio. Así, por ejemplo, las personas que quieren contraer matrimonio deben acreditar la edad competente.

Bajo ciertos respectos, el asunto en cuestión tiene vinculaciones con el Derecho Civil. Así, el punto de saber cuál es el medio de prueba autorizado en un caso determinado depende de la naturaleza misma del acto, cuestión de fondo que

⁴⁷ Hernando Devis Echandía. Compendio de Pruebas Judiciales. (1969). Bogotá: Editorial TEMIS, páginas 3 y 4.

toca decidir al derecho civil, como ocurre con las pruebas, llamadas por eso preconstituídas, cuya confección y fuerza probatoria reglamenta el Derecho Civil.

En Chile, la enseñanza jurídica ha seguido la distinción de normas probatorias sustantivas y adjetivas, y trata la materia, respectivamente, en las Cátedras de Derecho Civil y Derecho Procesal. Ello se refleja en la redacción de manuales y tratados.

Los primeros proyectos de Código Civil y el de 1853 no contenían disposiciones relativas a esta materia de las pruebas. El legislador estimó, sin duda, que esta materia correspondía más bien al Derecho Procesal, y que podían seguir aplicándose los principios de la legislación romana sancionadas en las leyes de la Partida Tercera y algunas recopiladas que reglamentaban las pruebas judiciales.

En la revisión del Proyecto de 1853 se agregó al Código este Título referente a la Prueba de las Obligaciones que fue tomado principalmente del proyecto español de 1851, concordado y comentado por García Goyena.⁴⁸

De las legislaciones extranjeras, algunas adoptan la alternativa de incluir toda la materia en Códigos de Procedimiento, y otras la distribuyen de la misma forma que nosotros.

Los tratados extranjeros de Derecho Civil, abordan también la materia de la Prueba, en su parte sustantiva, y la tendencia es ubicarla en la Parte general.

Los procesalistas modernos están divididos sobre el carácter de la materia relativa a la prueba.

Carnelutti, al escribir su libro “La Prueba Civil”, estaba convencido de que la institución de las pruebas pertenecía a la teoría del proceso. Esa opinión permitió a Carnelutti ocuparse a fondo de las pruebas en sus obras generales de Derecho Procesal. Sin embargo, en el prólogo del volumen sexto de las *Lezioni di dir. Proc.*

Civ., surgen dudas a Carnelutti respecto a la naturaleza jurídica de las normas referentes a la prueba. En la primera edición de la *teoría generale del diritto* se señala que “*de las pruebas tiene normalmente necesidad el juez, pero pueden tener necesidad también las partes...*” y que basta “*esta reflexión para excluir que las pruebas operen sólo en el proceso y que, por lo tanto, constituyan exclusivamente una institución procesal. Si al comienzo de mis estudios creí que fuese así, éste es uno de los puntos acerca de los cuales hace tiempo que debí cambiar de opinión*”. En este mismo sentido Carnelutti se pronunció en sus obras “*Tutela dei diritti*” y en “*Institución del nuovo proceso civile italiano*”.⁴⁹

Betti, por el contrario, opina que la prueba, dado su destino, está regida por normas de derecho procesal y que la inclusión de ellas en el Código Civil no debe inducir a confusión acerca de su naturaleza.

En definitiva, se puede concluir que las normas reguladoras de la prueba tiene tal carácter sólo al ser utilizadas por el juez al momento de dictar sentencia. En ese instante, una norma sustantiva adquiere el carácter procesal que potencialmente tiene, y en base a esta dos características puede ser calificada de “*decisoria litis*”.

⁴⁸ Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno y Comparado. (1939). Santiago: Imprenta Nascimento, página 658, tomo duodécimo.

CAPÍTULO II: ESTUDIO PARTICULAR DE LAS INFRACCIONES A LAS NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA COMO CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO.

Ya hemos delimitado las posibles infracciones a las normas reguladoras de la prueba que puede cometer el juez al fallar y que hace procedente la interposición del recurso de casación en el fondo. Estudiaremos a continuación cada una de las materias que se desprenden de los conceptos generales entregados, y que he agrupado en cuatro grupos: los medios de prueba, la carga de la prueba, el valor probatorio de los distintos medios y las normas sobre la apreciación comparativa de ellos. De esta manera, pretendo determinar en cada caso específico cual es la regla particular que la ley impone al juez, y que se traduce en un mandato o prohibición al que debe someterse al dictar su sentencia para no incurrir en la causal del recurso objeto de este trabajo.

1.- LOS MEDIOS DE PRUEBA.

1.1.- Definición.

Podemos dar las siguientes definiciones de medios de prueba:

⁴⁹ Apéndice de Giacomo P Augenti. La Prueba Civil de Francesco Carnelutti. (1982). Buenos Aires: Ediciones Depalma, página 213.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo señala, al respecto, que medios de prueba “*son los modos o formas en que se exterioriza su práctica y que se utilizan para llegar al conocimiento de la verdad en el proceso*”.⁵⁰

Alsina entiende por medio de prueba, “*el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción*”.⁵¹

Para Peñailillo los medios probatorios son “*los elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir convicción en el juzgador*”.⁵²

Por su parte, Jaime Guasp dice que ha de entenderse por medio de prueba “*todo aquel elemento que sirve, de una u otra manera, para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado*”.⁵³

Guasp le da un sentido amplio al concepto de medio de prueba. Esto se deduce claramente al no limitarlo sólo al sujeto, a la materia o a la fuente de la prueba. Agrega que, medio es, sin importar su naturaleza, un instrumento. O sea, una cosa que se utiliza para contribuir a obtener la finalidad específica de la prueba procesal.

Esta definición es lo suficientemente completa como para extraer las características más importantes de los medios de prueba, es decir, que son “elementos”, es decir, partes o piezas de una estructura susceptibles de ser utilizadas, cuya finalidad es proporcionar “convicción al juez”, cumpliendo con el objetivo de la prueba anteriormente analizado.

⁵⁰ Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Derecho Procesal Penal. (1945). Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., página 34, tomo III.

⁵¹ Ignacio Rodríguez Papic. Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. (1995). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 102.

⁵² Daniel Peñailillo Arévalo. La Prueba en Materia Sustantiva Civil. (1989). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 27.

⁵³ Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. (1968). Madrid: Institutos de Estudios Políticos, página 340, tomo primero

1.2.- Los medios de prueba establecidos en la ley.

Según enseña la doctrina, en el Derecho Chileno, los medios de prueba están taxativamente establecidos por la ley y no pueden hacerse valer otros elementos de convicción distintos a los que a continuación indicaremos.

El inciso 2º del artículo 1698 del Código Civil contiene una enumeración de los medios de prueba, y señala que “las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”.

La Corte Suprema, por sentencia de fecha 12 de Noviembre de 1938, ha reconocido, en algunas oportunidades, que nuestro sistema señala taxativamente los medios probatorios utilizables en el proceso, como garantía de veracidad, igualdad y contradicción de la prueba.⁵⁴

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, en el Título XI del Libro II, contempla en su artículo 341 que “los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informes de peritos; y presunciones”.

El orden en que aparecen enumerados los medios de prueba en uno u en otro cuerpo legal, no influye en el valor que tengan, ya que la ley les señala el valor a cada uno en disposiciones particulares. De esto se concluye que es la propia ley la que limita la procedencia de algunos medios con respecto a ciertas materias y en otros casos la amplía, al permitir el empleo de dos o más de ellos en la prueba de un mismo hecho o acto.

También hay que mencionar que el Código de Procedimiento Civil agregó el informe de peritos y no hace mención al juramento deferido. Ello porque, con la

⁵⁴ R.D.J., T. 36, secc. 1ª, pág. 337 y R.D.J. T. 68, secc. 1ª, pág. 76.

dictación en Febrero de 1944 de la ley 7.760, en sus números 4 y 5, se derogaron tácitamente las disposiciones relativas a este medio de prueba.

De acuerdo a lo planteado por don Luis Claro Solar, habrá que agregar como medios de prueba los que señala el Código de Comercio, que serían “*los libros de comercio, la correspondencia, las facturas aceptadas; pero pueden considerarse comprendidas entre los instrumentos*”.⁵⁵ Por tanto, no serían nuevos medios de prueba, sino más bien una especie dentro del genero instrumento.

Respecto a todas estas normas, la jurisprudencia no ha establecido un criterio homogéneo.

En general, ha considerado otros medios de prueba, pero asimilándolos a los medios probatorios clásicos, como, por ejemplo, fotografías, la radiografías, el análisis de sangre, etc.

Así, la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de fecha 28 de Junio de 1965 señaló que, para que la fotocopia de un instrumento tenga valor probatorio, debe ser refrendada de alguna forma, y reconocida por quienes la habrían otorgado, aplicando, de este modo, las reglas sobre los instrumentos privados.⁵⁶

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que las fotografías y croquis acompañados por los peritos a su informe, deben ser examinados por el Tribunal⁵⁷, ya que forman parte de dicho medio probatorio. Es decir, se consideró al informe de peritos un medio multifacético que subsume características de otros medios. La doctrina ha tenido la misma concepción al señalar que el informe de peritos es una mezcla de prueba testimonial y documental.

Pero este criterio no ha sido estrictamente mantenido por la Corte. De hecho, mediante sentencia de fecha 28 de Diciembre de 1962, señala que no pueden darse

⁵⁵ Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno y Comparado. (1939). Santiago: Editorial Nascimento, página 666, tomo duodécimo.

⁵⁶ Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 137 de 1965, pág. 156.

valor probatorio a un ejemplar de los Anales de la Universidad de Chile, que contiene copias de cartas del autor, por no ser un medio legal de prueba. Es decir, por no cumplir uno de los requisitos de los instrumentos privados, cual es la firma de la persona que aparece otorgándolo, la Corte niega la posibilidad de asimilar dicha publicación al medio de prueba.

Obviamente, se apeló a un concepto más restringido de instrumento privado, dejando de lado aquella concepción residual que lo caracterizaba como aquél que carecía de las solemnidades del instrumento público. En otras palabras, se consideró que existían ciertos requisitos que debían concurrir para estar frente a un instrumento privado, relacionando su calidad de medio de prueba con su valor probatorio.

Es interesante observar cómo la Jurisprudencia ha tendido a relacionar muy estrechamente las normas que establecen los medios de prueba en el Código Civil y en los de procedimiento, con aquellas normas que establecen limitaciones a su admisibilidad o que establecen condiciones para obtener mérito probatorio.

A este respecto, hay que recordar que en la historia del establecimiento del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, se discutió la necesidad de enumerar nuevamente (porque ya lo hacía el Código Civil), los medios de prueba. Contra la opinión del señor Zegers, quien consideraba del todo inútil reiterar una disposición sustantiva en un Código de Enjuiciamiento, y la del señor Lira, quien manifestó que el artículo en cuestión no tiene una finalidad propia de modo que es inútil, se impuso la opinión de la mayoría de la comisión que decidió agregar dicho artículo, enumerando además a los otros medios de prueba ya señalados en el Código Civil, el juicio de peritos.⁵⁸

⁵⁷ R.D.J. T. 60, secc. 4ª, pág. 44, casación 1963.

⁵⁸ Sesión 8º de la Comisión Reivrosora del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil.

Con este fundamento, la Corte Suprema consideró que el citado artículo 341 del Código de Procedimiento Civil sólo persiguió enumerar los medios de prueba ya determinados en el código Civil, sin ninguna otra finalidad que dar ilación al Título XI del libro II.

De este modo, según señala el fallo de fecha 30 de Octubre de 1964, la sola invocación del artículo 341 es insuficiente para configurar a una infracción a las normas reguladoras de la prueba.⁵⁹ Es más, en dicha oportunidad, la Corte consideró que esta disposición no es parte del conjunto de normas denominadas normas reguladoras de la prueba, como sí son aquellas disposiciones que regulan específicamente los distintos medios, estableciendo su admisibilidad y valor probatorio.

Este mismo criterio es expresado en la sentencia de fecha 10 de Noviembre de 1961 por la Corte Suprema , a propósito de un recurso de casación en el fondo en materia penal.

Señala la Corte que: *“en nuestro proceso penal, los jueces están facultados para apreciar con la más amplia libertad el contenido intrínseco de los antecedentes probatorios con eficacia legal que se acumulen en el proceso con el objeto de establecer los hechos...El raciocinio que lleva al juez a considerar probados o no probados tales hechos con esos medios, escapa, naturalmente, del control del tribunal de casación. Pero sí queda sujeto a su censura la apreciación de los jueces de las instancias sobre esos hechos, si la deducen de probanzas que no reúnen los requisitos señalados por la ley para calificarlas como medios probatorios. Los preceptos legales que consagran esos requisitos importan limitaciones o prohibiciones que restringen la libertad del juez, ya que le impiden otorgar mérito probatorio a los antecedentes que no los reúnen. Estos son los que*

⁵⁹ Casación fondo, R.D.J., T. 61, secc. 1ª, pág. 329.

*el número 7º del artículo 546 aludido denomina leyes reguladoras de la prueba....(por lo tanto) debe desestimarse el recurso en cuanto aduce la violación de los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal: ...b) del artículo 457 que simplemente enumera los medios por los cuales se acreditan los hechos en materia criminal....”*⁶⁰

Es decir, se ha considerado tales enumeraciones de los artículos 1698 del Código Civil, 341 del Código de Procedimiento Civil y 457 del Código de Procedimiento Penal, sólo como disposiciones destinadas a exponer una ordenación general más que una norma sustancial. Tal sentido tiene, por tanto, la tendencia de la Corte a admitir antecedentes probatorios no contemplados asimilándolos a los que sí expresamente se mencionan.

2.- EL PESO DE LA PRUEBA.-

2.1 Regla General. El Onus Probandi.

La carga de la prueba u onus probandi está estrechamente vinculado con saber a quién le corresponde probar en juicio.

Históricamente en el antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la *legis actio sacramento* y en general en el proceso *per legis actiones*, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En el período clásico existieron normas que asignaban indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al juez, a manera de árbitro.

⁶⁰ R.D.J. 1961, T. 58, secc. 4ª, pág. 329.

Posteriormente en el derecho justinianeo, surgieron principios generales, y, en particular, el fundamental, que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción o excepción, la prueba de él, ya fuera actor o demandado. No existe acuerdo en la doctrina respecto a quién correspondía probar en los procesos germanos primitivos. En la Edad Media, y por obra especialmente de los juristas de Bolonia, que reviven el derecho romano, reaparece la carga de la prueba basada en el principio de que incumbe al actor, pero complementado con el principio que le asigna este carácter al demandado que excepciona.

En primer lugar, debemos señalar que estas normas que regulan la carga procesal de probar los hechos alegados, son sustantivas; constituyen fundamento en la decisión del asunto en su fondo mismo y no se refieren a la sola forma de presentar o rendir la prueba en el juicio; son normas decisorias litis.

La razón de ello es que, al determinarse la parte sobre quien recae la carga de probar los hechos que fundamentan el derecho aplicable por el juez para resolver el asunto, inmediatamente queda establecido el destinatario de la consecuente sanción por la falta de prueba: el derecho no será reconocido. De este modo, el juez tendrá la obligación de decidir de acuerdo a este resultado. Recordemos que el juez no puede dar por acreditados los hechos alegados por las partes sin la respectiva prueba, como señala el artículo 1698, que a continuación estudiaremos en detalle.

Por lo tanto, la infracción de estas normas que determinan la carga de la prueba, permite la interposición del recurso de casación en el fondo. Se infringen esas reglas cuando el juez impone el peso de la prueba a quien en derecho no correspondería. En nuestro sistema procesal, esa infracción se establecerá recién en el fallo; sólo entonces se oirá al juez manifestar a quien correspondió probar; allí él

dirá que a tal parte le correspondía probar, deduciendo el error que hace procedente interponer el respectivo recurso contra el fallo. A esta alteración efectuada por el juez, hay quienes suelen llamarla también “inversión” del peso de la prueba.

En esta materia, rige el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil, que dispone: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Principio probatorio que viene del antiguo aforismo latino “*actori incumbit probatorio*”, o sea, la prueba incumbe al actor.

Dicho precepto legal precisa las dos reglas del artículo 1315 del Código Francés: “El que reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente el que se pretende liberado, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”, que el proyecto español comentado por García Goyena resumía en su artículo 1196, diciendo: “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”, que vino a servir de modelo para la redacción del artículo 1698 de nuestro Código Civil.⁶¹

El principio que se desprende claramente del artículo 1698, es que la necesidad de probar corresponde a aquel que alega un hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas o bien un hecho que modifica una situación adquirida. Cuando una persona que se dice acreedora de otra exige el cumplimiento de la obligación cuya existencia ésta niega, debe presumirse que continúa existiendo el estado de cosas que la ley considera ordinario y regular, es decir, la libertad de la persona de quien se exige la obligación mientras el que la exige no haya probado que la obligación existe. Del mismo modo, probada la existencia de una situación cualquiera, es permitido destruirla y reemplazarla por otra; pero la

⁶¹ Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno y Comparado. (1939). Santiago: Imprenta Nascimento, página 659, tomo duodécimo.

parte que pretende haberse realizado este cambio debe establecer la modificación que alega.

Según la doctrina, incumbe al actor la prueba de los hechos en que basa su demanda y al demandado la demostración de sus excepciones. Pero, no hay que entender la palabra actor sólo en el sentido de demandante, sino que hay que hacerla extensiva a cualquiera que haga una afirmación en el juicio e incluso comprende al demandado cuando niega, siempre que en esta negativa vaya envuelta una afirmación.

Lo determinante, para saber a quien corresponde la carga de la prueba, no depende de la posición procesal de demandante o demandado, sino de la naturaleza del hecho o acto que se sostenga como acaecido en juicio. Es decir, esta carga recae sobre cualquiera de las partes que en el proceso impulse una proposición contraria al estado normal de las cosas o tendiente a destruir una situación establecida.

Por su parte, en doctrina se ha señalado que quien alega un hecho negativo no puede ser forzado a probarlo. No obstante, se responde a tal afirmación que no existe tal imposibilidad de prueba, puesto que se puede probar un hecho negativo, probando el hecho positivo que lo contraría.

Luis Claro Solar opina que este principio, *negantis naturali ratione nulla est probatio*, significa que, por razón natural, ninguna prueba tiene que rendir el que se limita a negar, lo cual puede ser aplicado tanto al demandado que niega los hechos en que se funda la demanda, como al demandante, que niega los hechos en que se funda la excepción del demandado.⁶²

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su

decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.⁶³

Según Calamandrei, *“hay una carga cuando la ley fija el comportamiento que alguien debe observar si quiere conseguir un resultado favorable a su propio interés”*. Es interesante destacar que esta afirmación deja entrever que la carga de la prueba implica un “comportamiento” determinado de la parte, no necesariamente dirigido a probar, ya que puede suceder que el hecho simplemente ya se encuentre acreditado, o incluso, que se encuentre exento de prueba. El comportamiento de la parte significará, por lo tanto, defender ese hecho ya acreditado, o evitar la prueba contraria.

Couture, por su parte, afirma que *“carga de la prueba quiere decir, en su sentido estrictamente procesal, la conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”*.⁶⁴

Esta afirmación es más discutible, porque indudablemente la parte puede verse beneficiada por hechos alegados por la contraria, y que intentará acreditar en su propio interés, de modo que no es totalmente cierto que la carga de la prueba exija necesariamente una conducta probatoria sólo de lo alegado por la misma parte.

Como otro aspecto a analizar, pero íntimamente relacionado con lo anterior, ha surgido en nuestra jurisprudencia la interrogante de saber si la carga de la prueba implica una obligación propiamente tal o es un mero interés de la parte litigante.

Frente al hecho de que normalmente se asocian los términos carga y obligación, los autores han manifestado sus opiniones con respecto a este tema.

⁶² Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno, 1939, Tomo XII, De las Obligaciones III, pág. 663, Imprenta Nascimento.

⁶³ Hernando Devis Echandía. Compendio de Pruebas Judiciales. (1969). Bogotá: Editorial TEMIS, página 171.

⁶⁴ Liliana Salgado Fernández. La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. (1979). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 37.

Para Alcalá Zamora existen dos diferencias fundamentales. En primer lugar, la carga implica un mandato en interés propio y la obligación en provecho ajeno. Como segundo punto, la falta de asunción de una carga sólo acarrea un riesgo, mientras que el incumplimiento de una obligación, se halla conminado con una sanción.⁶⁵

Para Carnelutti, “obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio”.⁶⁶

En resumen, cualquiera sea la opinión de los autores acerca del significado preciso de carga, esta implica que sólo a la propia parte le interesa que existan en el proceso las pruebas necesarias a fin de obtener una decisión favorable del órgano jurisdiccional, atendido el principio dispositivo que domina el proceso civil.

En lo referente a normas relativas a la carga de la prueba, ellas tienen aplicación tanto en el proceso civil, como en el proceso penal.

En materia civil, corresponde a las partes la carga del impulso procesal, y en general, la actividad probatoria, si desean conseguir un resultado favorable a sus pretensiones, tanto en lo que se refiere a la proposición como a la producción de la prueba. Tratándose del campo judicial voluntario o no contencioso, es el interesado que plantea una petición ante el tribunal quien deberá probar los hechos o actos en que funda su petición.

En materia penal prima el principio inverso, las partes tienen una función subordinada, sobre todo en la etapa del sumario del juicio criminal. El juez tiene amplias facultades para llegar a la comprobación de la verdad, debiendo investigar,

⁶⁵ Liliana Salgado Fernández. La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. (1979). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 38.

como dice el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculcados sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen.

Como la carga de la prueba no consiste sino en el riesgo que corre un litigante de que el juez no se convenza de ciertos hechos, el perjuicio no puede sufrirlo sino la parte a quien favorezca el convencimiento del juez. Esto quiere decir que cada una de las partes tiene la carga no sólo de alegar los hechos que le interesen, sino, en segundo lugar, de probarlos.

Lo que importa en definitiva es que aparezca la prueba, mas no importa quién la aduzca. De ahí que consideremos incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; solo cuando no se aduce ésta, conviene determinar la parte que debía evitar su omisión. Indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él. Si el juez o la contraria la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta; si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo.

Frente a todas las acotaciones planteadas, en relación, al tema de la distribución de la carga de la prueba, se han presentado diversas posiciones:

1° Tesis que impone al actor la carga de probar, pero que le da este carácter al demandado, que excepciona. Cada parte debe probar el fundamento de su propio interés. Este criterio no alcanza a constituir una regla general, pues según lo han demostrado muchos autores, es incompleto e insuficiente.

⁶⁶ Francesco Carnelutti. La Prueba Civil. Apéndice de Giacomo P. Augenti. (1982). Buenos Aires: Ediciones

Existen hechos que no requieren prueba por gozar de presunción legal o de notoriedad, o por la naturaleza indefinida de la afirmación o negación, a pesar de servir de fundamento a las pretensiones del demandante y, en tales casos, corresponde al demandado la carga de probar en contrario; en cambio, hay otros hechos que, no obstante alegarse en la demanda, no la necesitan porque son inconducentes, no pertinentes, irrelevantes o imposibles.

2° Tesis que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega. Se traslada el criterio de distribución de la condición procesal de las partes al objeto de la prueba, según sea una afirmación o negación. Este criterio ha tenido menos aceptación que el anterior, por diversas razones.

En primer término, la negación o afirmación puede ser simple modalidad de redacción. Además, la circunstancia de afirmarse o negarse un hecho no altera la mayor o menor posibilidad de su prueba.

Por consiguiente, es la naturaleza del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba; esto, sin embargo, tampoco sirve de suficiente criterio para distribuirla entre las partes, porque puede suceder que cualquiera de estas se encuentre en posibilidad de probar los hechos afirmados o negados por ambas.

Muchas negaciones deben probarse y es insuficiente, para explicar la regla de la carga de la prueba, atribuir a quien afirma dicha misión; por ello quienes defienden esta tesis deben recurrir a otras para complementarla. De ahí que la mayoría de los autores modernos estén de acuerdo en rechazar este criterio.

3° Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones.

Ricci, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, defienden esta tesis. Esta tesis no aporta nada nuevo al debate, porque equivale a la que exige probar al actor, pero le da este carácter al demandado cuando excepciona.

4° Teoría de lo normal y lo anormal. Esta tesis impone la carga a quien alega el hecho anormal, porque el normal se presume.

Esto merece una explicación:

Lo normal es la libertad jurídica, económica, física, el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos ajenos. Por consiguiente, quien alegue que otra persona está sujeta a él por una obligación o relación jurídica, o que, por haber incurrido en violación de normas legales o perturbación de derechos reales, tiene el deber de restituir las cosas a un estado anterior, debe probar el nacimiento de ese vínculo o esa situación previa y su perturbación o el acto transgresor de la ley; probado el nacimiento del derecho y la obligación del demandado, lo normal es que subsista, por lo cual debe presumirse e imponerse la prueba a quien alegue que se extinguió por cumplimiento u otra causa legal.

La regla de la normalidad depende del criterio subjetivo y en cierto grado de cada cual, cuando el legislador no la consagra en normas de valor general y de excepción, que no es posible prever para todos los casos. Es un concepto variable según los principios políticos, económicos, jurídicos, religiosos y morales de cada época. Hay siempre cierta arbitrariedad al determinarlo.

Este criterio puede servir para explicar la distribución de la carga de la prueba en muchos casos. Puede aceptarse como guía del criterio del legislador para

la creación de presunciones legales y del juez para la valoración de indicios y presunciones. Pero no es correcto como regla general sobre la carga de la prueba.

5° Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar. Es similar a la anterior, pues por innovación se entiende lo que modifica la normalidad, principalmente cuando se trata de hechos extintivos, impeditivos o modificativos, o de demandar para que se altere la situación de hecho existente, como la posesión o el estado civil. Sostienen esta tesis Bentham, Claro Solar, entre otros.

6° Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva, o, por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva, de los hechos. Esta teoría constituye un avance en relación con las tres primeras, porque no se limita a contemplar la situación procesal de las partes, ni la forma como se presentan los hechos, sino que explica cuáles entre los presentados en la demanda o en las excepciones, debe probar cada parte, sea que los haya afirmado o negado. Esta teoría ha tenido muchos simpatizantes y predominó durante algún tiempo.

Diversas críticas se han formulado a esta teoría. Jaime Guasp opina que no puede hallarse la determinación exacta de la prueba “a base de una consideración aislada de su objeto, esto es, de los datos procesales por probar”, y que a esto equivale la clasificación de los hechos en constitutivos, impeditivos y extintivos, para imponerla al demandante, respecto de los primeros, y al demandado, respecto de los últimos.

El error básico de esta teoría consiste en asignarle en todo tiempo al demandante la carga de probar los hechos constitutivos, y siempre al demandado la de los extintivos o impeditivos. Además, es difícil distinguir entre los hechos

constitutivos e impeditivos, y tampoco hay acuerdo sobre lo que debe entenderse por hecho impeditivo.

7° Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable, acogida por Guasp, Rosenberg, entre otros, quienes dicen que cada parte debe probar los hechos que sirven de base a sus pretensiones o excepciones, pues esos hechos son precisamente los presupuestos de las normas legales que regulan tales pretensiones o excepciones.

Se utiliza un criterio diferente que consiste en considerar la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación, y de tal premisa se deduce la regla general: quien resulte favorecido por esa norma, porque consagre el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probarlo.

8° Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido. Es la expuesta por Micheli.

Micheli opina que *“es necesario referirse a una visión más concreta del fenómeno, que tenga en cuenta la manera como se manifiesta el proceso concreto”*; que la distribución de la carga de probar *“está establecida principalmente por la posición ocupada por la parte misma, respecto del efecto jurídico pedido: tal relación está determinada por el derecho sustancial, ya que este último regula la hipótesis legal; por el derecho procesal, en cuanto se tenga presente el perfil unilateral, adoptado por cada una de las partes en el proceso, esto es, la situación procesal puesta en práctica por la parte, la cual formula una propia demanda en juicio”*.

Distribuir la carga de la prueba, de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido, significa imponer la carga respecto de cada hecho a quien pretenda deducir de él dicho efecto jurídico.⁶⁷

Como conclusión, y siguiendo a don Hernando Devis Echandía, corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable.

Así, se consagra el derecho a probar que tienen las partes: por su condición jurídica de partes se les atribuye la facultad o serie de facultades correspondientes. Pero más que la determinación de tal facultad, interesará saber sobre cuál de las dos partes recae el riesgo que origina la falta de la prueba. De este modo, más importante que la afirmación del derecho a probar, es la indicación particular de sobre cuál de las dos partes en contradicción recae la carga de la prueba, de acuerdo a las conclusiones expuestas.

2.2.- Excepciones a la Regla General y Modificaciones al Onus Probandi.

Los principios sobre quien debe probar no son de una eficacia absoluta, porque pueden ser alterados, ya por la ley mediante las presunciones legales, ya por la voluntad del hombre.

⁶⁷ Hernando Devis Echandía. Compendio de Pruebas Judiciales. (1969). Bogotá: Editorial TEMIS, página 171 y ss.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 47 del Código Civil, la presunción es la afirmación del acaecimiento de un hecho, no demostrado directamente, que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Esta presunciones pueden ser legales o judiciales. Las legales pueden ser, a su vez, simplemente legales o de Derecho. Las simplemente legales admiten prueba en contrario; las de Derecho, no.

Las presunciones simplemente legales constituyen una alteración o excepción a las reglas del onus probandi, por cuanto la ley, prescindiendo de ellas, releva del peso de la prueba a una de las partes y, presumiendo el hecho, impone a la otra el peso de la prueba, si quiere destruirla. Pero ello no implica necesariamente que por eso quede alterada la distribución del peso de la prueba.

Para determinar si en la presunción legal hay efectivamente una alteración del peso de la prueba, es necesario compararla con lo que se impondría según aquéllas reglas generales de distribución; si se llegara a una distribución opuesta, habría excepción o alteración; pero si con ambos métodos (utilizando la presunción y aplicando el método general de la distribución expuesto), se llega a igual resultado, en orden a que sería siempre la misma parte quien debería probar, entonces no hay alteración; la presunción sólo estaría reafirmando la distribución del peso de la prueba resultante de aplicar el método general.

Puede sostenerse que, en general, desde el punto de vista del onus probandi, las presunciones simplemente legales son reflejo de las situaciones normales, y, como anteriormente vimos, para distribuir el peso de la prueba se adopta el criterio de la normalidad, entonces habrá de concluirse que, por regla general, las presunciones, lejos de constituir alteraciones o excepciones a las reglas del onus probandi, son confirmaciones de ellas.

Por tanto, podrá invertirse el onus probandi por el órgano jurisdiccional, el cual altera el peso de la prueba, sea poniéndolo sobre quien no corresponde, sea dispensando de probar a quien la ley asigna tal obligación.

En segundo lugar, tenemos a los convenios modificatorios, que son los acuerdos entre particulares relativos a aspectos sustantivos de la regulación de la prueba, para alterar la reglamentación legal. O sea, puede ocurrir que la parte a quien, conforme a los principios establecidos por la ley, no incumbe probar, asuma voluntariamente la carga, durante el mismo juicio o en virtud de un convenio anterior.

Dada la naturaleza de las normas procesales, debe descartarse la posibilidad de que versen sobre aspectos de producción de la prueba en juicio.

Por otra parte, como la prueba versará sobre hechos o actos de los cuales se pretende inferir derechos para alguna de las partes, estos acuerdos suponen un acto jurídico entre partes, o, al menos, un conflicto derivado de ciertos hechos.

Por ejemplo, un mandato en el cual se establezca, entre mandante y mandatario, que para dar por establecido tal hecho o circunstancia en el ejercicio del encargo, se admitirá tal medio de prueba no autorizado. Pero también es concebible la misma situación sin un acuerdo previo entre ellos; basta un hecho que produzca conflicto. Por ejemplo, cometido un hecho que causó daño a otro, antes de someter el juicio indemnizatorio a un tribunal, podrían, autor y víctima, celebrar un pacto de prueba.

Si el sistema probatorio imperante determina, como el nuestro, taxativamente los medios de prueba admisibles, el pacto celebrado en relación a los medios de prueba no podría señalar, por ejemplo, que en el eventual litigio que surja quedará excluido cierto medio de prueba normalmente admitido, o incluir uno que la ley rechaza.

Pero, en relación con la distribución del peso de la prueba, el asunto es distinto.

Por ejemplo, se podría acordar que en caso de existir conflicto en cierto arrendamiento, la prueba de cualquier clase de culpa por parte del arrendatario corresponderá siempre al arrendador.

Generalmente, los pactos de esta clase impondrán el peso de la prueba de cierto hecho a alguna de las partes; como posteriormente, al surgir el conflicto, será el juez quien fijará el peso de la prueba en concreto, ahí se verá, como resultado, si el pacto constituyó o no una alteración del peso de la prueba; antes no se sabe con certeza si lo pactado es o no alteración.

En doctrina es discutida la validez de estos pactos. Parece dominar la tendencia a rechazarlos.

El fundamento más utilizado para su rechazo, es que las normas que regulan esta materia, sobre todo en estos aspectos fundamentales a que los pactos ordinariamente se refieren, son de orden público; no pueden ser alteradas por la sola voluntad de los particulares.

Por su parte, Goldschmidt y Chiovenda afirman que la carga de la prueba no puede invertirse por convención de las partes.

Nuestra Corte Suprema ve objeto ilícito y dice que “cohibe la actividad judicial, que ha de ejercitarse con arreglo a normas legales y según un determinado sistema procesal, y no según la voluntad de las partes”.⁶⁸

Para la validez de dichos pactos, el fundamento radica en la autonomía privada. En tal virtud dichas convenciones serían válidas, porque las normas sobre la carga de la prueba miran al sólo interés individual, y son, por tanto, renunciables. Además, se señala que la carga de la prueba no es una obligación a la que

corresponda un derecho, sino una simple necesidad de hecho, la cual llega a faltar cuando el que podría negar simplemente prefiere rendir la prueba.⁶⁹

Es en materia de convenciones sobre alteraciones al onus probandi donde se encuentran más opiniones que los admiten. Así, se ha sostenido que tal convenio es perfectamente posible, no observándose obstáculo legal alguno para ello. Se agrega que, al menos en Chile, la legislación se muestra complaciente, al permitir modificaciones a sus preceptos en materias de aun mayor trascendencia, como cuando permite alterar las reglas de responsabilidad.

En todo caso, tratándose de pactos sobre onus probandi, conviene insistir que para saber si un convenio de esta clase “altera” el onus probandi, debe compararse el contenido del pacto con la distribución del peso de la prueba que efectúa la ley en el caso respectivo, y si de la norma legal general (artículo 1698), o de la específica que pueda haber, no se infiere claramente a quién correspondería el peso por la ley, entonces sólo cuando el juez interpretando la ley, distribuya el peso de la prueba en el litigio respectivo, ahí se sabrá definitivamente si el pacto estaba o no alterando el peso de la prueba. Porque puede ocurrir que lo dicho por las partes coincida con lo que dice la ley o diga el juez; entonces, habrá un acuerdo relativo a prueba, pero no “pacto de alteración de las normas de prueba”, sino un simple convenio que, como ratifican las reglas legales, será innecesario. Habrá pacto modificatorio, entonces, cuando se modifican las reglas probatorias legales; en materia de onus probandi, cuando las partes distribuyen el peso de la prueba de un modo diverso a la distribución legal.⁷⁰

⁶⁸ Antonio Vodanovic H.. Derecho Civil Parte Preliminar y Parte General. (1991). Santiago: Editora de Información Científico – Técnica Ediar – Conosur Ltda., página 413, tomo segundo.

⁶⁹ Antonio Vodanovic H.. Derecho Civil Parte Preliminar y Parte General. (1991). Santiago: Editora de Información Científico – Técnica Ediar - Conosur Ltda., página 412, tomo II.

⁷⁰ Daniel Peñailillo Arévalo. La Prueba en Materia Sustantiva Civil. (1989). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 41 y ss.

Pienso que es más correcta la tendencia expresada más recientemente en la doctrina, según la cual la convención es nula sólo cuando se trata de derechos no disponibles por las partes, o cuando la modificación o la inversión tienen por efecto hacer excesivamente difícil para una de las partes el ejercicio del derecho. Tal opinión es compartida también por algunos tratadistas.⁷¹

3.- LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.-

3.1 Los sistemas probatorios.

La apreciación o valoración de la prueba se propone determinar la eficacia que debe atribuirse a los diversos medios probatorios consagrados en el derecho positivo.

La doctrina ha caracterizado tres sistemas de valoración de la prueba, denominados genéricamente sistemas probatorios.

Se define “sistema probatorio” como el conjunto de principios y normas que en un ordenamiento establecen cómo han de demostrarse los hechos o actos que se sostiene han acaecido, para deducir de ellos las consecuencias jurídicas que procedan.⁷²

Estos sistemas son: el sistema de apreciación libre, el sistema de la prueba tasada o de prueba legal y un sistema mixto, que comparte características de ambos sistemas.

⁷¹ Liliana Salgado Fernández. La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. (1979). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 61.

1.- Sistema de la apreciación libre de la prueba

El sistema de la prueba libre permite exteriorizar la convicción del juez tal como ésta surge al finalizar los actos de prueba. Dentro de este sistema existen dos modalidades:

- a) El sistema denominado de persuasión moral, que asigna al juez amplias facultades para apreciar la prueba y establecer así los hechos en cada caso, siguiendo su íntima convicción y sin que quede obligado a señalar en la sentencia cómo fue que llegó a ese convencimiento. Aquí se está depositando toda la confianza en el juez. Se critica este sistema, porque más que entregar el establecimiento de los hechos a la íntima convicción del juez, lo entrega a su voluntad. Claros exponentes de este sistema son los tribunales de jurado y los de honor.

- b) El sistema denominado de persuasión racional o de la prueba razonada, que entrega al juez amplias facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a las pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción de que tales son los hechos que establece.

Este sistema constituye una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. No es tan rígida como la primera ni tan incierta como la segunda.

⁷² Daniel Peñailillo Arévalo. La Prueba en Materia Sustantiva Civil. (1989). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 17.

2.- El sistema de la prueba legal o tasada (también llamado de la tarifa legal), por su parte, impone la obligación de que es la ley la que, *a priori*, fija el valor individual de cada medio de prueba y su apreciación comparativa.

Según Jaime Guasp, el sistema de la prueba legal o tasada, tiene que ser científicamente rechazado. Dice que siendo la norma jurídica un imperativo, va dirigida a inclinar en cierto sentido la voluntad de un sujeto y no es apta por naturaleza para imponerse frente a otras actividades de la personalidad, entre ellas, las creencias. El fenómeno de la prueba legal o tasada constituye una anomalía jurídica, ya que, destinadas, por esencia, todas las operaciones probatorias a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de dichas operaciones se prescinde de tal convicción y se la sustituye por un imperativo legal.⁷³

No obstante, la opinión recién expuesta es necesario tener presente que la verdadera y gran ventaja de la prueba legal radica en que la valoración de la prueba hecha por la ley incita a las partes a proveerse, en los límites de lo posible, de pruebas eficaces, facilitando así la tramitación de los juicios, por un lado, y les permite prever a ellas, hasta cierto punto, el resultado del juicio, con las ventajas innegables que ello significa, por el otro.

El Derecho Chileno adopta el sistema de la prueba legal o tasada, pues establece taxativamente los medios de prueba y a cada uno le asigna determinada fuerza probatoria.

Pero nuestro Derecho contempla variadas atenuaciones a este sistema, como se desprende del hecho que la apreciación comparativa de los medios de prueba quede entregada al criterio del tribunal o de la circunstancia que el juez puede evaluar

⁷³ Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. (1968). Madrid: Institutos de Estudios Políticos, página 339, tomo primero.

algunas pruebas según la convicción personal que le hayan producido. Esto se ve claramente, por ejemplo, en el inciso 2º del artículo 426 de Código de Procedimiento Civil, que señala: “Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”.

En materia civil el arbitrio del tribunal en esta materia está muy restringido, pues, el legislador ha determinado con toda precisión la aplicación de los diversos medios de prueba y su valor probatorio. En cambio, en materia penal existe cierta libertad para apreciar el valor probatorio de los diversos medios; queda ello entregado a la convicción íntima del juez y éste no puede condenar en tanto no la adquiera basado en los medios de prueba que admite la ley.

En las legislaciones extranjeras, actualmente parecen dominar las soluciones intermedias. Respecto a la fijación legal o libertad, en los medios de prueba admisibles, parece mantenerse el predominio de la fijación legal. Pero, también se ha escogido una tendencia intermedia, en que se señalan ciertos medios que el juez no puede desconocer, concediéndosele la facultad de admitir u ordenar otros que estime útiles. Respecto a la valoración, la alternativa de apreciación por el juez de acuerdo con la sana crítica, es la que está siendo acogida cada vez más en las codificaciones.

3.2. Valor probatorio de los distintos medios de prueba.-

Nuestro ordenamiento jurídico se encargó de determinar el valor probatorio de cada uno de los medios de prueba, estableciendo los requisitos que deben dichos medios reunir, señalando en ciertos casos que determinado medio de prueba goza

del máximo valor que establece la ley, es decir, plena prueba, que es aquella que por sí sola, reuniendo los requisitos legales, sirve para dar por plenamente acreditado un hecho, constituyendo en otros prueba semiplena, siendo aquella la que por sí sola no basta para acreditar los hechos, requiriendo para ello de otras pruebas, sirviendo en este caso de base de presunción judicial.

En este punto se hace necesario el análisis del valor probatorio de cada uno de los medios de prueba establecidos por el legislador, ya enumerados precedentemente, para lo cual seguiré el mismo esquema que plantea nuestro Código de Enjuiciamiento.

Se busca definir claramente el valor probatorio de cada medio de prueba, y de esta manera extraer la regla que el legislador le da al juez. Cuando, en un medio determinado, el legislador se remita al valor probatorio de otro, esta regla se estudiará con ocasión del análisis de este último.

3.2.1. Los Instrumentos.-

El Código de Procedimiento Civil no establece ninguna disposición expresa respecto del valor probatorio de los instrumentos (salvo una regla especial respecto al cotejo, que es un incidente sobre autenticidad), limitándose a determinarlos y establecer reglas para su rendición. La normativa que regula el mérito probatorio se encuentra especialmente en el Código Civil⁷⁴ y en el Código Orgánico de Tribunales.

⁷⁴ Es importante destacar que la Corte Suprema, en sentencia de casación de fecha 5 de Enero de 1993, declaró que “Los artículos 1700, 1702, 1706 y 1711 del Código Civil en su carácter de leyes reguladoras de la prueba no tiene por sí sólo el carácter de leyes decisorias litis, de modo que para que su contravención pueda influir en lo dispositivo del fallo, es indispensable que ella se relacione directamente con la disposición sustantiva que debió aplicarse según la forma correcta de establecer los hechos del pleito...” R.D.J., T. 90, secc. 1ª, pág. 1.

Se debe distinguir entre los instrumentos públicos y los instrumentos privados, siendo los primeros aquellos otorgados por el competente funcionario y con las solemnidades legales, y privados todos los demás documentos escritos en los que no concurre solemnidad alguna.

Así tenemos que la prueba instrumental en nuestro derecho es una de las más importantes, por la certeza que otorgan los documentos escritos en los cuales se consignan hechos que digan relación con el pleito, y es por eso que nuestro legislador le asigna un alto valor probatorio, concurriendo determinadas circunstancias, valor que irá en descenso en caso de no reunirse todas ellas.

A) Instrumentos Públicos:

El artículo 1700 del Código Civil prescribe que “El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hacen plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidas en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular”.

Por su parte el artículo 1706 del citado compendio legal agrega que “El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”.

Ahora bien, para determinar el valor probatorio del instrumento público se debe distinguir si éste se hace valer respecto de uno de los otorgantes o respecto de

un tercero, como también las materias que por medio del instrumento se pretende acreditar:

1. Respetto de los otorgantes:

El instrumento público hace plena fe entre las partes respecto del hecho de haberse otorgado. Así lo señala el artículo 1700 del Código Civil, ya transcrito; asimismo hace plena fe respecto de las partes y de terceros en cuanto a la fecha de su otorgamiento, como también goza del mismo valor probatorio el hecho de haberse efectuado las declaraciones que en él se consignan, hecho este último que se ve confirmado por lo señalado en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal al establecer que: “El instrumento público constituye prueba completa de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas”.

Esto quiere decir que el juez, ante una prueba de esta naturaleza, tiene la obligación legal de dar por acreditados en la sentencia los hechos señalados anteriormente, salvo que exista otra prueba en contrario, que tenga el mismo mérito probatorio, caso en cual se deben aplicar las normas de la apreciación comparativa de la prueba rendida. Si el juez no da por acreditado estos hechos, incurre en una infracción de ley sancionada con la nulidad de la sentencia por medio del recurso de casación en el fondo.

Es conveniente destacar que, de la lectura de los dos artículos transcritos, se concluye que expresamente el legislador ha identificado el concepto de “plena prueba”, con el de “prueba completa”, y, por lo tanto, califica a los demás méritos probatorios como “prueba incompleta”, cuestión que será útil tener presente en adelante.

Efectivamente, la prueba incompleta por sí sola no prueba el hecho, a menos, en mi opinión, que no exista otra prueba en contrario y que dicho medio sea preciso y grave, ya que en este caso el juez no tendría razones para no alcanzar la convicción suficiente para dar por acreditado el hecho sin caer en la arbitrariedad. A esta conclusión se llega al tener presente que en un caso similar, al tratar otro medio de prueba, el legislador adoptó este criterio, como se observa en el artículo 426 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, a propósito de las presunciones. No existe razón para no extender este principio a los demás medios probatorios, más aún cuando está expresamente adoptado en el artículo 384 N° 1, respecto de la prueba testimonial.

Un medio de prueba es preciso cuando se refiere a hechos determinados, y es grave cuando es fundado, es decir, circunstanciado. Sin embargo, la concurrencia de estas dos características es una cuestión entregada al criterio del Juez, de manera que no es susceptible de ser examinado por el Tribunal de Casación.

En cuanto a la veracidad de las declaraciones en el instrumento contenidas se debe efectuar una nueva distinción:

- Veracidad de las declaraciones del funcionario público autorizante:

Las declaraciones del funcionario público acerca de hechos propios producen plena fe por cuanto se refieren a actos realizados por dicho funcionario público; valor probatorio que también se atribuye a las declaraciones del funcionario referentes a hechos que percibe por sus propios sentidos y aquellas que corresponden a hechos que no son suyos ni los ha percibido él mismo, pero los ha comprobado por los medios que la ley le franquea.

Sin embargo, las declaraciones que el funcionario público efectúa confiando en los dichos de otras personas y aquellas que importan meras apreciaciones no producen plena prueba.⁷⁵

Pienso que estas declaraciones tiene el mismo valor probatorio que las declaraciones de los testigos de oídas.

- Veracidad de las declaraciones de las partes:

En este punto se deben distinguir las declaraciones dispositivas y las meramente enunciativas.

Lo dispositivo, a decir de Pothier, es lo que las partes han tenido en mira y lo que ha constituido el objeto del acto; se deja constancia de los elementos esenciales del hecho jurídico de que se ha querido otorgar prueba escrita, de manera que no se podría suprimir algo sin destruirlo o a lo menos desnaturalizarlo.

Las declaraciones simplemente enunciativas son aquellas que constituyen elementos accidentales del acto jurídico que el instrumento tiene por objeto acreditar y que por lo tanto pueden ser suprimidas sin que se modifique la sustancia de dicho acto. Tal conclusión se extrae de la sentencia de fecha 12 de Mayo de 1954, de la Corte Suprema, que señala que *“puede y debe considerarse como meramente enunciativo el hecho aseverado en la escritura de que una de las personas comparecientes es casada y, por lo tanto, ese aserto hace fe respecto de*

⁷⁵ Por sentencia de fecha 24 de Octubre de 1939, la Corte Suprema señaló que : “... el tenor literal del artículo 1700 impone precisamente al juez la obligación de distinguir entre las declaraciones o enunciaciones que emanan del notario y las que provienen de las partes. Y así como respecto de las primeras no atribuye el valor de plena prueba a todas las afirmaciones del notario, sino a aquellas que se refieren al hecho de haberse otorgado el instrumento y a su fecha...” Gaceta, 1939, 2º sem., Nº 53, pág. 224. En el mismo sentido, R.D.J., T. 37, secc. 1ª, pág. 383.

los contratantes”.⁷⁶ En este caso, la declaración de uno de los otorgantes respecto de estado civil constituye un elemento no esencial del acto.

A la clasificación anterior, es necesario agregar que se distinguen en las declaraciones enunciativas aquellas directamente relacionadas con lo dispositivo y aquellas que no lo están; distinción que se reconoce en el artículo 1706 del Código Civil, que señala que el instrumento público hace fe (prueba semiplena o incompleta) respecto de las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación con lo dispositivo del acto o contrato; las declaraciones enunciativas tendrán relación directa con las declaraciones dispositivas cuando refieren hechos que contribuyen a determinar o precisar el objeto o causa de la declaración dispositiva o que extinguen en todo o parte o modifican los derechos nacidos de ésta.

En cuanto a las declaraciones dispositivas, la jurisprudencia ha señalado que el instrumento público, sólo hace plena fe en cuanto al hecho de haberse formulado por las personas que lo suscriben, pero no hace plena fe respecto de la veracidad de las mismas; no obstante presumirse su veracidad con arreglo a las normas de la carga de la prueba.⁷⁷ Nosotros agregaríamos que con arreglo también a lo dispuesto en el artículo 1706 ya citado, que constituye una norma reguladora de la prueba, que también hace aplicables estas reglas respecto de las declaraciones meramente enunciativas que tengan relación con lo dispositivo.

⁷⁶ R.D.J., t. 51, secc. 1ª, pág. 119.

⁷⁷ Sentencia de fecha 25 de Julio de 1989 de la Corte Suprema: “...Al respecto, corresponde distinguir entre la formulación de las declaraciones de las partes y la verdad o sinceridad de ellas. En cuanto a esto último, aún cuando el instrumento público no hace plena prueba, las declaraciones dispositivas se presumen verdaderas, porque de acuerdo con el principio fundamental del onus probandi, lo normal se presume y lo anormal o excepcional debe probarse, y lo normal es que el contenido de las declaraciones sea verdadero, sincero y no falso o simulado. La presunción de verdad o sinceridad de las declaraciones dispositivas también alcanza a los terceros, como quiera que existe el mismo principio en vigor...” R.D.J., T. 86, secc. 1ª, pág. 105. Más adelante señalaré cierta discrepancia con esta opinión, ya que no considero aplicable este principio de la carga de la prueba a terceros que no concurren al acto.

Esta presunción, sin embargo, puede destruirse mediante otro medio de prueba, como lo reconoce la sentencia de fecha 17 de Noviembre de 1938, al decir que, si bien el instrumento público hace fe contra los declarantes, no es menos cierto que la confesión que alguno hiciere en juicio relativo a un hecho personal suyo, produce plena fe en su contra, sin que ni siquiera sea permitido recibir prueba alguna que desvirtúe tales hechos.⁷⁸ Es decir, la presunción de veracidad admite prueba en contrario, más aún cuando se trata de un medio de prueba que por sí sólo acredita el hecho, incluso no aceptando que se intente probar lo contrario.

Es decir, si en el proceso no se ha desvirtuado la presunción de veracidad de que gozan las declaraciones dispositivas, con otro medio de prueba (si se trata de una prueba incompleta se aplica el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, como ya veremos, y si es una prueba plena, prima ésta), los hechos que en ellas constan, deben darse por acreditados por el juez en la sentencia. En caso contrario, infringe la norma reguladora de la prueba que rige la materia.

Por último, respecto a este punto, hay que recordar que el artículo 1700 inciso segundo del Código Civil, extiende el valor de plena prueba a las declaraciones realizadas por las partes, siempre que dicho valor se alegue en su contra. Es decir, para destruirla no basta cualquier probanza, se requiere una prueba completa. Esta regla adquiere un carácter más estricto tratándose de un contrato de compraventa, ya que el artículo 1876 del mismo Código señala que “si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario...”.

Estas dos últimas reglas deducidas de los artículos citados, también constituyen una limitación a la facultad del juez de estimar según su convicción el mérito probatorio de una escritura pública.

⁷⁸ R.D.J., T. 36, secc. 1ª, pág. 361.

Sin embargo, pese a no hacerlo expresamente la ley, existe alguna jurisprudencia que restringe la prohibición del artículo 1876, sólo respecto de terceros. Así, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de Septiembre de 1958, señaló que los terceros quedan a salvo en el caso de que se trata, pero que entre las partes no existía impedimento probar la falta de veracidad, por ejemplo, por tratarse de una caso de simulación⁷⁹.

En cuanto a las declaraciones meramente enunciativas, que no guarden relación directa con el acto o contrato, no hacen prueba entre las partes.

Sin embargo, contra la parte que emita dicha declaración, constituye una confesión extrajudicial de conformidad al artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, que reviste el carácter de presunción grave en todo caso.

Esta opinión también es mantenida por don Arturo Alessandri R., pero señalando que el valor probatorio de esta declaración enunciativa sólo tiene el mérito de presunción grave cuando es prestada en presencia de la parte que la invoca. En caso contrario, sólo sirve de base a una presunción judicial.⁸⁰

La declaración enunciativa no puede constituir prueba a favor de la parte que la emite, porque nadie puede transformar en medio de prueba sus propios dichos.⁸¹ De este modo, el juez incurre en una infracción a las normas reguladoras de la prueba si le asigna algún valor a estas declaraciones, siempre que tengan por objeto acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones de quien las formuló.

En materia penal, el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal establece que todo instrumento público constituye prueba completa de haber sido otorgado, de su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas.

⁷⁹ R.D.J., T. 58, secc. 2ª, pág. 21.

⁸⁰ Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General, Tomo II, pág. 432, Editorial Cono Sur Ltda., quinta edición.

⁸¹ A. Alessandri R., obra citada, pág. 433.

Respecto al valor probatorio de las declaraciones de las partes, pienso que se aplican las del Código de Procedimiento Civil, dado su carácter de normas generales de aplicación subsidiaria.

2. Valor probatorio del instrumento público respecto de terceros:

Como antes se señaló, el artículo 1700 del Código Civil prescribe que respecto del hecho de haberse otorgado, su fecha y el hecho de haberse formulado las declaraciones contenidas en el instrumento público, el instrumento público hace plena prueba respecto de todas las personas; pero esto no se extiende a la veracidad de las declaraciones efectuadas por los interesados que dicho instrumento contenga. En todo caso, también hace plena fe, respecto de terceros, las declaraciones que formula el funcionario público sobre sus hechos propios, los hechos ajenos que él haya constatado con sus propios sentidos y los acreditados con los medios que establece la ley y que consten en la escritura.

En cuanto a las declaraciones dispositivas, según la jurisprudencia, ellas se presumen verdaderas respecto de terceros, dados los principios establecidos para la carga de la prueba, puesto que lo normal se presume, y lo normal es que las declaraciones formuladas en los instrumentos sean verdaderas.

Es decir, si no hay prueba en contrario, el juez debe tener por acreditados los hechos que de ellas se desprenden.

Sin embargo, discrepo de esta interpretación, ya que el artículo 1706 del Código Civil es claro en otorgar mérito probatorio a las declaraciones formuladas en un instrumento público o privado, el que hace fe “entre las partes”, y no se incluye a los terceros. Las normas de la carga de la prueba señalan que la parte que realiza una afirmación debe acreditar los hechos que la fundamentan, como hemos

visto, de modo que no exista ninguna norma expresa que altere este principio y le atribuya a los terceros la carga de desvirtuar las afirmaciones de los otorgantes. Se podría aceptar que existe un principio de buena fe entre los contratantes, y por lo tanto revestir de una presunta veracidad las declaraciones que mutuamente se realizan; pero tal presunción no puede abarcar a terceros, más aún cuando hemos aceptado el criterio de que nadie puede transformar en medio de prueba sus propios dichos.

De este modo, pienso que el juez incurre en una infracción a las normas reguladoras de la prueba si considera a las declaraciones formuladas en un instrumento, como presuntivamente verdaderas, y no debiera dar por acreditados los hechos de que ellas dan cuenta, a menos que exista prueba en ese sentido.

En lo que atañe a las declaraciones enunciativas directamente relacionadas con lo dispositivo, se aplican los mismos criterios señalados.

No obstante ello, un tercero sí podría invocar, en contra del otorgante del instrumento, la declaración dispositiva o enunciativa, la que en ese caso constituye una confesión extrajudicial que sirve de base a una presunción judicial para acreditar los hechos confesados, según se desprende del artículo 398 del Código de Enjuiciamiento. Así, en parte, se concluye de la sentencia de fecha 10 de Septiembre de 1951 de la Corte Suprema, que estima que la confesión extrajudicial no requiere formalidades especiales, sino sólo que sea una manifestación consciente del confesante ante la parte que la invoca.⁸² En este caso, la jurisprudencia ha opinado que dicha manifestación debe prestarse ante el tercero que la invoca, pero tal requisito se exige para que la confesión constituya presunción grave de los hechos confesados, en los términos del artículo 426 del código de Procedimiento Civil, de manera que tendrá el valor de prueba completa y

⁸² R.D.J., T. 48, secc. 1ª, pág. 462.

el juez deberá así reconocerlo en la sentencia. En este caso, pienso que no es facultad del juez calificar la presunción de precisa y grave, ya que tal característica la tiene el hecho por disposición del artículo 398 inciso segundo ya citado, que señala que “se estimarán **siempre** como presunción grave...”. Si la declaración no se presta ante la parte que la invoca, podría servir de base a una presunción judicial, como antes se señaló.

B) Instrumentos Privados:

Los instrumentos privados son todos aquellos escritos en que se consigna un hecho, otorgado por los particulares sin la intervención de un funcionario público en el carácter de tal.

Se requiere que el instrumento esté suscrito por el otorgante, para que revista el carácter de documento y tenga valor en juicio. Esta conclusión se desprende de los artículos 1701 inciso segundo, 1702 y 1703 del Código Civil, que regulan el instrumento privado, teniendo como presupuesto para ello el hecho de encontrarse firmado.

Cabe agregar que así lo ha declarado la Jurisprudencia, al señalar que un instrumento privado que sea tal debe, por lo menos, ser firmado por el otorgante.⁸³

Sin perjuicio de lo recién expuesto, por excepción existen documentos que se pueden hacer valer como instrumentos privados no estando firmados por las partes, siendo estos los enumerados en los artículos 1704 y 1705 del Código Civil.

⁸³ Sentencia de fecha 12 de Agosto de 1942 de la Corte de Apelaciones de Santiago, R.D.J., T. 40, secc. 2º, pág. 33.

Es decir, en mi opinión, el juez sólo puede darle el carácter de instrumento privado, y por lo tanto asignarle valor probatorio a los documentos señalados en los artículos citados. En caso contrario, la sentencia sería susceptible de ser anulada mediante el recurso de casación en el fondo por infringirse esta norma reguladora de la prueba. Sin embargo, anteriormente vimos que la jurisprudencia ha tenido un criterio más flexible respecto a la admisibilidad de otros medios de prueba no contemplados expresamente en la ley.

A diferencia con lo que ocurre con los instrumentos públicos, los instrumentos privados no llevan envuelta la presunción de autenticidad, por lo cual se hace necesario para que tengan valor probatorio que se lleve a efecto el reconocimiento de los mismos, pudiendo ser dicho reconocimiento de conformidad al artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, expreso, tácito y judicial.

En cuanto al valor probatorio de los instrumentos privados reconocidos o mandados a tener por reconocidos se debe distinguir:

1.- Valor probatorio del instrumento privado emanado de parte:

Reconocido o mandado a tener por reconocido, tiene el mismo valor probatorio que el instrumento público respecto de las partes que lo han reconocido o respecto de quienes se ha ordenado tener por reconocido.

Así lo establece el artículo 1702 del Código Civil, el que expresamente señala que “el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan

haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones de estos derechos”.

Al señalar que tiene igual valor probatorio que el de escritura pública, quiere decir, en mi opinión, que hace plena fe entre las partes en cuanto al hecho de haberse otorgado por las personas y de la manera que en él se expresa y en cuanto a la efectividad de haberse efectuado las declaraciones que en él se consignan, pero no abarca a la veracidad de las mismas.

No obstante lo anterior, existe, entre las partes, una presunción de sinceridad respecto de las declaraciones dispositivas, como antes estudiamos, según el artículo 1706 del Código Civil. Sin embargo, hacen plena fe en contra de los declarantes, ya que se aplican los mismos criterios que en el caso de los instrumentos públicos.

Lo mismo se aplica respecto a las enunciativas relacionadas directamente con ellas.

Es decir, en estos casos, ya sea por no existir prueba en contrario, entre las partes, en el caso de tener el valor de una prueba incompleta; o por no existir prueba completa que la destruya, cuando el instrumento hace plena fe, el juez siempre debe dar por acreditados los hechos, quedando, por tanto, limitadas sus facultades de valorar según su convicción el mérito probatorio.

En cuanto a las declaraciones meramente enunciativas que no tiene relación directa con lo dispositivo, entre las partes y respecto de terceros no tienen la presunción de veracidad establecida en el artículo 17006 del Código Civil, de manera que el juez no puede dar por acreditados los hechos si no obra algún medio de prueba en el proceso. Sin embargo, los terceros o la otra parte pueden invocar dichas declaraciones y darle mérito de una confesión extrajudicial, como ya antes se explicó.

2.- Valor probatorio del instrumento privado emanado de terceros:

En este punto la Jurisprudencia ha señalado que *“para que los documentos privados emanados de terceros tengan valor probatorio en juicio, es indispensable que quienes los han emitido declaren como testigos en el juicio mismo, reconociéndolos en cuanto a su procedencia y dando fe de la verdad de su contenido”*⁸⁴, teniendo en este caso el valor de la prueba testimonial, de modo que si no son ratificados por el otorgante en la forma señalada carecen de todo valor probatorio.

De este modo, pienso que el juez incurre en una infracción si le da a estos documentos la calidad de instrumento, y por lo tanto, les asigna mérito probatorio.

En cuanto a la fecha del instrumento privado, respecto de las partes éste tiene la fecha que en él se indica sólo cuando ha sido reconocido o mandado tener por reconocido. Respecto de terceros el instrumento tendrá fecha cierta desde que se produzca el fallecimiento de alguno de quienes lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en carácter de tal, según lo prescribe el artículo 1703 del Código Civil. De este modo, el juez debe asignarle el valor de plena prueba a estos hechos.

Sobre las declaraciones que consten en el documento reconocido por el tercero, creo que tienen el mismo valor probatorio que la una prueba testimonial, desde el momento que el legislador exige que el tercero otorgante se presente al juicio (o realice una acción equivalente, como hacerlo en un juicio diverso, o en un instrumento público) y reconozca el instrumento, lo que sólo puede hacer

⁸⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 05 de Diciembre de 1980; R.D.J., T.77., secc. 2ª, pág. 154.

compareciendo como testigo. Además, el artículo 478 del Código de Procedimiento Penal, al tratar la misma materia, le asigna el valor de una declaración de testigos.

3.2.2.- La prueba Testimonial:

Se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos 1708 a 1711; en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 356 a 384; y en el Código de Procedimiento Penal, en los artículos 189 a 201.

Según lo define Couture, el testigo es la persona que, teniendo presumiblemente conocimiento de un hecho que ha caído bajo la acción de sus sentidos, es llamado luego para prestar declaración en juicio acerca del mismo.

Chiovenda, por su parte, define a los testigos como las personas distintas de los sujetos procesales llamadas a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito.

Respecto al valor probatorio de este importante medio de prueba se deben distinguir las siguientes situaciones:

- a) Respecto de las declaraciones de testigos menores de 14 años se puede aceptar su declaración cuando ésta se preste con suficiente discernimiento, sirviendo ésta como base de presunción judicial, según lo dispone el artículo 357 N° 1 del Código de Enjuiciamiento.

- b) La declaración de los testigos de oídas, es decir, aquellos que conocieron los hechos a través del dicho de otra persona o de una de las partes sólo pueden servir de base de presunción judicial, salvo el caso que se trate de declaraciones referidas

a lo que el testigo oyó decir a alguna de las partes, siendo válida esta declaración siempre que sirva para esclarecer el hecho de que se trata. Así lo establece el artículo 383 del citado cuerpo legal. Esta norma constituye un límite máximo a la facultad del juez de asignar el valor probatorio a estas declaraciones. Sin embargo, el juez no tiene la obligación de darle dicho mérito o valor.

A este respecto nuestra Corte Suprema, en sentencia de fecha 4 de Octubre de 1921, señaló que para que el testimonio de los testigos de oídas tenga valor probatorio es necesario que las palabras oídas se refieran directamente a la aseveración del hecho que se trata de probar.⁸⁵

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 8 de mayo de 1916, señaló que es válido el testimonio de los testigos que oyeron a una de las partes expresar los hechos que declaran. Este testimonio es la comprobación de una confesión extrajudicial que puede servir de base a una presunción judicial, la cual, unida a otros antecedentes, constituye plena prueba.⁸⁶

c) En cuanto a la declaración de los testigos presenciales se debe hacer una nueva distinción, de conformidad al artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, que va estableciendo un valor probatorio declinante según los requisitos que reúnen las declaraciones de los testigos.

El citado artículo 384 prescribe que “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes”:

1° La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426 del mismo código, el cual se refiere a las presunciones judiciales. Por lo tanto, la

⁸⁵ R.D.J., T. 21, Sec. 1°, Pág. 172.

⁸⁶ R.D.J., T. 13, Sec. 2°, Pág. 21

declaración de estos testigos constituye una base de presunción judicial que el tribunal apreciará de acuerdo con su gravedad y precisión.

Por lo tanto, si el Tribunal considera reunidas estas características, debe otorgarle el carácter de plena prueba a las declaraciones del testigo.

Pienso que necesariamente el Tribunal debe realizar, en su sentencia, la declaración de si el testigo reúne o no las características señaladas. Si no lo hace, no incurre en una infracción que haga procedente el recurso de Casación en el Fondo, pero sí el de Forma, en virtud de la causal N° 6 del artículo 768, en relación al artículo 170, ambos del Código de Procedimiento Civil.

En relación a este punto, nuestra Corte Suprema, en sentencia de fecha 7 de diciembre de 1921, señaló que la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial que puede constituir plena prueba.⁸⁷

Asimismo, dicha Corte declaró, en sentencia de fecha 15 de diciembre de 1923, que es facultad privativa de los jueces del fondo apreciar la veracidad de los testigos, como la gravedad y precisión suficientes que concurren a una sola presunción para que pueda constituir plena prueba. En consecuencia, procede rechazar el recurso de casación en el fondo por infracción del artículo 384, N° 1° del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 426, inciso 2° del mismo cuerpo de leyes, vicio en que se habría incurrido al dar valor al dicho de testigos que no eran imparciales y verídicos, y porque las declaraciones de los mismos carecían de la gravedad y de la precisión que la ley exige para que constituyan plena prueba que convenza al tribunal.⁸⁸

2° La declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus

⁸⁷ R.D.J., T. 21, Sec. 1°, Pág. 342.

dichos, podrá constituir plena prueba cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario.

Con respecto a la materia reglada por este numeral la Corte Suprema declaró, en sentencia de fecha 29 de diciembre de 1933, que el N° 2° de esta disposición sólo reglamenta respecto del valor probatorio de las declaraciones de los testigos aisladamente considerados, y no acerca del valor que pueda atribuirse a dos o más pruebas contradictorias, materia reglamentada por el artículo 431 (actual 428) de éste mismo Código.⁸⁹

En cuanto a la soberana apreciación de los jueces de la instancia con respecto al N° 2 del artículo 384 del citado cuerpo legal, la Corte Suprema en sentencia de fecha 18 de agosto de 1910 declaró que este precepto no dispone que las declaraciones de testigos que reúnan los requisitos establecidos en él constituyan plena prueba, sino que “podrán constituir plena prueba”, entregando así a la soberana apreciación de los jueces de la instancia la eficacia de la prueba producida; consecuentemente, a menos de mediar violación de las leyes reguladoras de la prueba, no cabe admitir casación de fondo por infracción del artículo 384, N° 2° del Código de Procedimiento Civil.⁹⁰

3° Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aún siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso. Se atiende en este caso a la calidad de los testigos y no a su cantidad.

⁸⁸ R.D.J., T. 22, Sec. 1°, Pág. 792.

⁸⁹ R.D.J., T. 31, Sec. 1°, Pág. 157.

⁹⁰ R.D.J., T. 7, Sec. 1°, Pág. 505.

Nuestra Corte Suprema, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 1910 declaró respecto a la obligación del juez en relación a los N° 3° y 5 del artículo 384 en comento que : *“El precepto de los números 3° y 5° de esta disposición manifiesta que los jueces tienen la obligación imprescindible de examinar y aquilatar la totalidad de la prueba rendida en la causa, a fin de que de su estudio comparativo y de la importancia de los distintos factores que la forman deduzcan las conclusiones de hecho que deben de servir de fundamento al razonado y legal al fallo que pronuncian”*.⁹¹

Cabe hacer presente que según la jurisprudencia de nuestros tribunales, el precepto contenido en el N° 3° del citado artículo 384, hace necesario que ambas partes hayan rendido testimonial en el juicio.

Asimismo, la Corte Suprema ha señalado, en sentencia de fecha 30 de diciembre de 1967, que: *“El apreciar y decidir cuales de los testigos están mejor informados de los hechos y más conformes en sus declaraciones con la restante prueba existente en la causa, es una cuestión de hecho que ha quedado entregado por entero a los jueces del fondo y no está subordinada a la censura del tribunal de casación”*.⁹²

Por tanto, es forzoso concluir que ninguna infracción a las normas reguladoras de la prueba podrá cometer el juez, ya que la ley lo faculta para apreciar según su convicción el mérito probatorio en este caso.

4° Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número.

⁹¹ Gaceta, 1910, 2° sem., N° 999, Pág. 589.

⁹² R.D.J., T. 64, Sec. 1°, Pág. 425.

Así lo ha corroborado nuestra jurisprudencia en fallo de fecha 3 de septiembre de 1913, dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción.⁹³

En este caso, la infracción sólo se puede cometer cuando el juez ha establecido en la sentencia que los testigos de ambas partes son igualmente creíbles, y sin embargo, no aplica la regla del número.

5° Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho.

La jurisprudencia chilena se ha pronunciado en este mismo sentido, como se puede apreciar de la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28 de marzo de 1910.⁹⁴

En este caso, creo que si el juez no justifica su inclinación hacia ciertos testigos, y da por acreditados los hechos declarados por éstos, incurre en una infracción, ya que el artículo transcrito establece como regla que ante igual número de testigos contestes, el hecho debe darse por no acreditado, y sólo en caso de existir razones manifestadas en el fallo, se autoriza al juez a emplear sus facultades discrecionales.

6° Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes.

En este sentido, y en relación con la materia de la presente memoria de prueba, se ha pronunciado nuestra Exma. Corte Suprema, en sentencia de 15 de octubre de

⁹³ Gaceta, 1913, 2° sem., N° 954, Pág. 2767. En el mismo sentido, sentencia 14 de enero 1938, R.D.J., T. 35, Sec. 1°, Pág. 934.

⁹⁴ R.D.J., T. 7, Sec. 1°, Pág. 477.

1920, declarando que *“Si las contradicciones en que incurran los testigos de una parte no favorecen los derechos de la otra, no puede sostenerse que haya incurrido en infracción del N° 6 de esta disposición”*.⁹⁵

Para concluir con el análisis de este medio probatorio, cabe hacer presente que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de hacer inaplicable la disposición del artículo 384 en comento en materia penal. Así se desprende claramente del fallo de fecha 10 de octubre de 1963, en el cual se señaló que *“El artículo 384 del Código de Procedimiento Civil no tiene el carácter de ley penal, y, por consiguiente, no puede su violación ser invocada en la formalización de un recurso de casación en el fondo en materia criminal”*.⁹⁶

3.2.3.- La prueba confesional.

La prueba confesional se encuentra reglamentada en el Código Civil, en el artículo 1713, en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 385 a 402, y en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 110, 318 a 341 respecto del sumario, y 481 a 484 bis A respecto del plenario.

La confesión en esta materia puede ser definida como el reconocimiento expreso o tácito que hace una de las partes en su perjuicio respecto de hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos.

En cuanto al valor probatorio de este medio de prueba, habrá que hacer una clasificación atendiendo a la forma como ésta se presta, con el objeto de hacer más práctico y didáctico su análisis:

⁹⁵ R.D.J., T. 19, Sec. 1º, Pàg. 378.

a) Respecto de la confesión extrajudicial: este tipo de confesión se subdivide en:

- Confesión extrajudicial verbal, que, como medio de prueba, sólo será admisible en los casos en que lo sea la prueba de testigos, pudiendo constituir en ese caso, base de presunción judicial. Como en otras ocasiones observamos, en este caso la ley fija el límite máximo del valor probatorio que puede tener este medio, dejando al juez la facultad de estimar si se le otorga o no.
- Pienso que a la confesión extrajudicial escrita se le aplican las normas ya estudiada de la prueba instrumental, y tiene su mismo valor probatorio.
- Confesión extrajudicial prestada en presencia de la parte que la invoca, que se estima siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados, según se desprende de la lectura del artículo 398 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil. como antes señalé, pienso que en este caso, no es facultad del juez calificar la confesión de grave y precisa, ya que el artículo 398 citado señala claramente que se estimará “siempre” como presunción grave. Por lo tanto, el juez debe otorgarle el valor de plena prueba, y de no hacerlo, incurre en una infracción que hace procedente la nulidad de la sentencia por medio del recurso de Casación en el Fondo.
- A la confesión extrajudicial prestada ante juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, y a la confesión extrajudicial prestada en un juicio diverso, se

⁹⁶ R.D.J., T. 60, Sec. 4º, Pág. 442.

le aplican las mismas reglas antes señaladas, con la salvedad de que respecto de esta última, si es facultad del tribunal calificar de “poderosos” los motivos para asignar a esta confesión el mérito de prueba completa.

Así, la Corte Suprema ha fallado, según consta de sentencia de fecha 10 de enero de 1956, que *“la circunstancia de que la confesión extrajudicial carezca para los jueces del fondo de fuerza de convicción suficiente para dar por acreditado el hecho confesado, no importa que la sentencia viole el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, desde que es facultativo para el juzgador dar o no mérito de prueba completa a dicha confesión, según se estime por éste que existen o no los motivos poderosos para estimarlo así”*.⁹⁷

En referencia a esta forma de prestar la confesión la jurisprudencia de nuestros tribunales han entendido que la expresión “confesión prestada en un juicio diverso”, empleada por el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, no puede tener el significado restringido de que sólo debe entenderse como tal la que rinde en juicio y no cualquier declaración que haya prestado el litigante en una causa, aunque ella no reúna los requisitos que a la confesión judicial exige el párrafo IV del Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Así lo manifestó nuestra Corte Suprema en sentencia de fecha 10 de septiembre de 1951.⁹⁸

b) Respecto de la confesión judicial, es preciso señalar que la confesión tiene el mismo valor probatorio independiente de si ésta es espontánea o provocada, expresa o tácita. En este punto nuestro legislador atiende a los hechos acerca de

⁹⁷ R.D.J., T. 53, Sec. 1º, Pág. 15.

⁹⁸ R.D.J., T. 48, Sec. 1º, Pág. 462.

los cuales ella se presta para regular su mérito probatorio, razón por la que nuevamente habrá que distinguir de la siguiente forma:

- Confesión judicial acerca de hechos personales, que tiene el valor de plena prueba.

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 23 de octubre de 1930 señaló que para que la confesión judicial produzca plena prueba en contra del confesante, es menester que se refiera a un hecho suyo y sólo en este caso no procede recibir prueba para acreditar lo contrario, lo que no ocurre cuando la confesión se refiere a un hecho no personal del confesante.⁹⁹

Es decir, el juez tiene dos normas que limitan sus facultades: la primera le obliga a dar el valor de plena prueba a la confesión judicial sobre un hecho propio; y en segundo lugar, la ley le impide considerar cualquier otra prueba en contrario.

Asimismo, la misma Corte sentenció con fecha 19 de agosto de 1964 que: “Los sentenciadores, al considerar la absolución de posiciones y estimar que las respuestas dadas son evasivas, lo hacen en uso de atribuciones que le son propias para ponderar y apreciar el valor probatorio de la confesión, lo que no importa infringir leyes reguladoras de la prueba”.¹⁰⁰

Es lógico concluir que es una calificación de hecho que no puede ser revisado por el Tribunal de Casación la estimación del juez sobre la conducta evasiva o no del confesante. Nunca es procedente el recurso de Casación en el Fondo con este fundamento.

- La confesión judicial acerca de hechos no personales también tiene mérito probatorio, de conformidad al artículo 399 inciso segundo del Código de

⁹⁹ R.D.J., T. 28, Sec. 1º, Pág. 345.

procedimiento Civil. Pienso que no es el mismo que el de la confesión de hechos personales, es decir, plena prueba, ya que sólo el inciso primero del artículo se remite al 1713 del Código Civil. Parte de la doctrina le atribuye este mérito probatorio, pero de la lectura del artículo 399 citado no se puede llegar a tal conclusión. Si el legislador hubiera querido que ambas confesiones tuvieran el mismo valor probatorio, lo habría dicho, o no habría distinguido respecto de la calidad de los hechos del confesante. Sobre su valor probatorio, soy de la opinión de que constituye prueba incompleta que por sí sola no acredita el hecho confesado, a menos que no exista otra prueba en contrario. Por lo tanto, el juez incurre en una infracción a las normas reguladoras de la prueba si le asigna valor de plena prueba.

En relación a este punto, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha declarado que “tratándose de hechos no personales del confesante, la confesión debe ser apreciada comparativamente con las otras probanzas rendidas”, según fallo de fecha 17 de noviembre de 1928.¹⁰¹

Cabe agregar que, como lo expresa el artículo 402 inciso 2 y 3, es admisible la prueba en contra de los hechos confesados que no revistan el carácter de personales por parte del confesante, lo cual corrobora lo precedentemente señalado; a mayor abundamiento, el tribunal puede establecer los hechos de acuerdo con el medio que estime más conforme con la verdad al efectuar la apreciación comparativa de conformidad a lo establecido en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

En materia penal, el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal establece que la confesión del procesado podrá comprobar su participación en el delito, cuando reúna los siguientes requisitos: sea prestada ante el juez de la

¹⁰⁰ R.D.J., T. 61, Sec. 1º, Pág. 259.

causa; sea prestada libre y conscientemente; que el hecho confesado sea posible y aún verosímil, atendidas las circunstancias y condiciones personales del procesado; y que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél. Es decir, tampoco señala que la confesión sobre cualquier hecho tenga el valor de plena prueba. Es más, específicamente se refiere a la confesión de la participación, la que, lógicamente, es un hecho personal.

En cuanto a la confesión extrajudicial en materia penal, el artículo 484 del Código de Procedimiento del ramo señala que la confesión que no se prestare ante el juez de la causa, y en presencia del secretario, no constituirá una prueba completa, sino un indicio o presunción, más o menos grave según las circunstancias en que se hubiere prestado y el mérito que pueda atribuirse a la declaración de aquellos que aseguren haberla presenciado.

3.2.4.- La inspección personal del tribunal.-

El valor probatorio de este medio de prueba se encuentra reglamentado en los artículos 403 a 408 del Código de Procedimiento Civil; y en los artículo 474 a 476 del Código de Procedimiento Penal.

Se la puede definir, como señala Couture, como un medio de prueba por percepción, consistente en que el magistrado examine por sí mismo o acompañado de peritos las personas, cosas o situaciones de hecho que constituyen objeto de prueba en un juicio.

¹⁰¹ Gaceta, 1928, 2º Sem., Nº 172, Pág.761.

En cuanto al mérito probatorio de esta probanza, el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil señala que la inspección personal del tribunal constituye plena prueba en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación.

Es decir, en este caso la ley ha señalado expresamente el valor probatorio que el juez debe asignarle sus propias observaciones, siempre que se trate de hechos o circunstancias que se perciban por los sentidos.

En ese sentido, la jurisprudencia ha establecido que *“la inspección personal sólo constituye prueba en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el juez establezca como resultado de su propia observación, pero no en cuanto a las deducciones o a los hechos de carácter científico que establezca”*; como consta de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 6 de septiembre de 1912.¹⁰²

Asimismo, y en relación con las facultades de los jueces del fondo en cuanto a la valoración de este medio probatorio, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 6 de septiembre de 1954, señaló que *“toca exclusivamente a los jueces del fondo hacer la estimación de los hechos que deben reputarse probados con la inspección personal del tribunal”*¹⁰³. Es decir, la calificación de los hechos o circunstancias como percibidos directamente por el tribunal, es una cuestión de hecho fuera de la competencia del Tribunal de Casación.; también se ha declarado en fallo de fecha 8 de mayo de 1914, que *“cualquiera que sea la importancia de las alegaciones que se hacen para impugnar la validez de una inspección personal del tribunal, es inaceptable la causal de casación fundada en la infracción de esta disposición, si el tribunal sentenciador toma en cuenta esa inspección sólo porque corrobora lo*

¹⁰² Gaceta, 1912, 2° Sem., N° 962, Pág. 419.

¹⁰³ R.D.J.,T. 51, Sec. 1°, Pág.428.

*afirmado en uno de los considerandos de la sentencia recurrida y no como causa determinante del fallo, pues no influye sustancialmente en lo dispositivo de él”.*¹⁰⁴

3.2.5.- El Informe de Peritos.-

La regulación sobre el valor probatorio de este medio de prueba se encuentra en los artículos 425 del Código de Procedimiento Civil, y artículos 472 y 473 del Código de Procedimiento Penal.

Se define como la opinión de un especialista de alguna ciencia o arte acerca de un hecho que tenga relevancia para la adecuada resolución del asunto.

Tiene por objeto brindar al juez un auxilio para la apreciación de ciertas cuestiones que requieren un conocimiento especializado. De este modo el informe de peritos tiene tres características:

- 1) Constituye un auxilio al Tribunal.
- 2) Es una apreciación o dictamen valorativo sobre ciertos hechos.
- 3) Se funda en conocimientos científicos o técnicos.

Según lo establecido en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, el valor probatorio de este medio de prueba lo apreciará el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir, según la recta razón y el criterio racional puesto en juicio.

Esto supone ponderar su contenido, en cuanto a los fundamentos técnicos o científicos, y compararlo con las otras probanzas del proceso. Además, la jurisprudencia ha señalado que carece de fuerza probatoria el dictamen de un perito

¹⁰⁴ R.D.J.,T. 12, Sec. 1ª, Pág. 253.

que se refiere a un punto que no se incluyó entre los que se sometieron a su informe.¹⁰⁵

De este modo, el informe pericial puede constituir prueba completa o simple presunción según lo decida el Tribunal al apreciar su eficacia. Cabe señalar que puede, en todo caso, constituir plena prueba si, según el Tribunal, tiene los caracteres de gravedad y precisión para formar su convencimiento, según las reglas a que se someten las presunciones.

Según sentencia de fecha 27 de junio de 1983, la valorización del dictamen de los peritos según la sana crítica es una materia que depende del criterio de los sentenciadores y queda, por lo tanto, bajo su exclusiva potestad, no siendo procedente impugnar el fallo que recoge dicha apreciación por vía del recurso de casación en el fondo.¹⁰⁶ Esto se debe a que no existe una infracción de ley en dicha valoración, de modo que el recurso resulta improcedente.

Sin embargo, la sentencia de fecha 7 de marzo de 1946 de la Corte Suprema señaló que sí sería procedente si existiera una contravención patente a las reglas de la lógica y del sentido común, ya que por ellas está compuesto el criterio de la sana crítica.¹⁰⁷

3.2.6.- Las Presunciones.-

La reglamentación sobre su valor probatorio se encuentra en los artículos 47 y 1712 del Código Civil, 426 y 427 del Código de Procedimiento Civil; y los artículos 486 y 487 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰⁵ R.D.J., T. 28, secc. 1ª, pág. 329.

¹⁰⁶ R.D.J., T. 80, secc. 1ª, pág. 42.

El artículo 47 antes citado, en su inciso 1º señala que *se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes y circunstancias conocidas*. Es decir, se trata de una actividad deductiva realizada a partir de un conocimiento concreto.

Según la jurisprudencia de nuestro Tribunales, consiste en un razonamiento que, partiendo de un hecho conocido, proporciona certeza sobre el hecho desconocido, debido a una relación lógica existente entre ambos.¹⁰⁸

El artículo 1712 realiza una distinción:

- a) Las presunciones legales, que pueden ser de derecho, es decir, no admiten prueba en contrario, o simplemente legales, que sí la admite, según se deduce del inciso final del artículo 47 del mismo Código Civil.
- b) Las presunciones judiciales, que son las que deduce el juez, que deben ser graves precisa y concordantes (artículos 1712 inciso 3º del Código Civil y 426 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil).

En doctrina se ha rechazado que las presunciones constituyan un medio de prueba; sin embargo, los artículos 1698 inciso 2º del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil le dan dicha denominación. Pero no se puede negar que más que un medio de prueba constituyen una alteración de las normas sobre la carga de la misma u onus probandi. Esto es completamente cierto respecto de las presunciones de derecho, ya que ante ellas nada se debe probar, pues el hecho presunto es establecido por la ley; pero, tratándose de presunciones simplemente legales y judiciales, sí que es necesario acreditar el hecho que trata de probarse, de modo que la presunción constituye el medio para llegar a la demostración final, tal como lo señala el profesor Emilio Rioseco Henríquez.¹⁰⁹

¹⁰⁷ R.D.J., T. 43, secc. 1ª, pág. 377.

¹⁰⁸ Sentencia Corte Suprema, 1 de septiembre de 1965, R.D.J., T. 62, secc. 4ª, pág. 387.

¹⁰⁹ La Prueba Ante la Jurisprudencia. Presunciones, Editorial Jurídica, pág. 110, 1ª edición.

En cuanto al valor probatorio, por aplicación del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, las presunciones pueden constituir plena prueba cuando, a juicio del Tribunal, reúnan los requisitos de gravedad y precisión necesarios para formar su convicción. Demás está señalar que, en el caso de las presunciones de derecho, la sola concurrencia de la presunción constituye prueba absoluta y completa, desde el momento que no admite prueba en contrario.

Por tanto, la existencia de una presunción es una cuestión entregada a la apreciación de los jueces del fondo, sin que sea susceptible de ser revisada por un Tribunal de casación. Pero es importante hacer presente que si se infringe el artículo 47 del Código Civil, se estaría vulnerando una norma reguladora de la prueba, y en ese caso, sí es procedente la anulación de la sentencia a través del recurso de casación.

Por último, cabe destacar que el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil establece que se presumen verdaderos los hechos certificados en el proceso por un Ministro de Fe, admitiéndose, sin embargo, prueba en contrario, en este caso.

4- APRECIACIÓN COMPARATIVA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.-

La apreciación de la prueba es el acto por el que el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, pero esta apreciación sale también fuera del procedimiento probatorio propiamente dicho, puesto que se verifica por el juez en el mismo momento en que decide finalmente el proceso, esto es, dentro de la sentencia que emite.¹¹⁰

¹¹⁰ Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. (1968). Madrid: Institutos de Estudios Políticos, página 337, tomo primero.

La valoración comparativa importa determinar el valor de convicción que tiene el conjunto de pruebas aportadas.

La valoración comparativa se entiende como una comparación de pruebas, en que una se opone a la otra y debe decidirse cuál es más convincente.

De este modo, concluimos que “apreciación de la prueba” significa determinar el mérito o eficacia probatoria de los distintos antecedentes aportados en el proceso.

Al respecto la Corte Suprema ha señalado, en cierto sentido equivocadamente, que dicha apreciación le corresponde de manera exclusiva y excluyente a los jueces del fondo.

Así, en la sentencia de fecha 01 de abril de 1950, señaló que apreciar la prueba corresponde exclusivamente a los jueces del fondo ya que es cuestión de hecho, extraña a las funciones que en este orden de materias ejerce la Corte Suprema que miran tan sólo a la tuición de la ley. Pueden convencer o no a los tribunales de fondo las pruebas que obran en los autos, ya que es una parte de su tarea que empieza en el esclarecimiento de lo ocurrido y conduce a la convicción de la inocencia o responsabilidad del inculpado, la legitimidad o no de la pretensión hecha valer. El tribunal de casación no puede intervenir; y sólo lo hace si, excediendo la mera apreciación de los antecedentes, al considerar estas probanzas rendidas, los jueces infringen normas jurídicas expresas que limitan o condicionan el ejercicio de sus atribuciones, y que hemos ido estudiando en los distintos medios de prueba.

Reafirmando este criterio, mediante sentencia de la Corte Suprema, 12 de agosto de 1950 la misma Corte expresó: *“Aunque se haya repetido muchas veces, debe decirlo todavía el tribunal que el análisis de la prueba corresponde a los jueces de la instancia. Concretado el recurso de casación a la infracción de ley que*

*se produce con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, según lo dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, este tribunal no puede llegar hasta la revisión de los hechos. **La ley da reglas para establecer estos últimos y las señala para valorizar los hechos establecidos, sea en sí mismo, sea en relación con los demás; pero de ordinario se trata de normas más o menos generales que no llegan al detalle. El desempeño de esta tarea, más que la ley, queda entregado a la “sana razón” y a la conciencia de los jueces, dirigidos una y otra al establecimiento de la verdad; los procesos mentales del sentenciador escapan al dominio de la ley. Los errores que en este terreno se cometan producirán un mal fallo, pero quedan al margen del recurso de casación. Sólo por excepción en materia de prueba, y sobre todo de apreciación de la misma, el legislador da normas absolutas susceptibles de determinar un motivo de casación; el artículo 459 en estudio contiene algunas: pueden producir prueba, dice, dos testigos y agrega que estos han de ser juramentados. Sería casable la sentencia que concediera mérito probatorio en materia penal a una sola declaración, o lo reconociese a las declaraciones prestadas sin juramento, siempre, por cierto que los vicios influyan en lo dispositivo del fallo; pero no ocurre lo mismo, tratándose de la mera apreciación de declaraciones contradictorias, respecto de la cual el juez es soberano y es esta apreciación la que se invoca en el recurso para fundar la casación en lo relativo al artículo 459 del Código del ramo”.***¹¹¹

Claramente la doctrina establecida en estos fallo no es acorde por lo expresado en el Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo el proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil. Recordemos que allí se señala que “la apreciación de las variadas pruebas y de su valor relativo es materia de **reglamentación especial**, para que se facilite la tarea de los jueces en la elección del fallo”.

¹¹¹ G., 1950, 2º sem., Nº 54, pág. 378.

Se observa que, en materia civil, la intención del legislador fue restringir las facultades del Juez en orden a establecer normativas precisas que le indican la forma de evaluar las pruebas rendidas. Tal situación no se repite en otros ámbitos del derecho.

En efecto, una idea distinta se expresa en el Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo el proyecto de Código de Procedimiento Penal: “De aquí que este Proyecto consigna como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo”.

Por supuesto esta diferencia tiene su explicación en los criterios diferentes que se extraen de los distintos principios que informan ambos procedimientos.

En el Código de Procedimiento Penal existe una norma que es una síntesis del sistema probatorio en materia criminal: el artículo 456 bis establece que “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por esta ley”.

Esta disposición es concordante con el Mensaje de dicho código ya citado, que entrega, en último término, al juez la decisión final de interpretar los hechos para absolver o condenar. Claro que, para condenar, requiere que dicha convicción se fundamente en los medios de prueba legal y en el mérito probatorio que el legislador autorice dar a cada uno de ellos. Para absolver, tal requisito no se exige. Pero, en definitiva, el legislador le entrega al Juez un amplio margen para apreciar, evaluar y decidir.

Don Waldo Ortúzar L. opina que, para condenar en materia penal, la ley exige al juez que funde su convicción en los medios de prueba legal, a los cuales no se les puede asignar un mérito probatorio superior el establecido en la ley, el que es un límite facultativo, es decir, establece un máximo que el sentenciador no puede sobrepasar, pero al que no está obligado a llegar. En cambio, para absolver, el juez puede desatender el valor probatorio de los medios de prueba, porque la ley no se lo impone.¹¹²

Sin embargo, dice el profesor, la limitación al juez aludida es, en cierta medida, sólo parcial, ya que sólo surge al realizar una apreciación de los medios de prueba en sentido estricto, es decir, sólo al momento de determinar si las pruebas rendidas reúnen los requisitos de legalidad y calidad necesarios para que la comprobación de los hechos.

Los medios de prueba pueden reunir todos los requisitos para dar por acreditados los hechos y, a pesar de ello, el juez puede no darles crédito. Ninguna infracción comete, ya que está dentro del ámbito de sus atribuciones.

El Juez sólo infringirá las normas reguladoras de la prueba al dar por probados los hechos cuando la ley no autoriza tal conclusión, atendido el valor probatorio que corresponde a cada medio. Es decir, no existe discrecionalidad respecto a los presupuestos de legalidad y conducencia de la prueba rendida.

Obviamente el examen de la legalidad, conducencia y validez de la prueba, es previo a su apreciación comparativa. Si, por ejemplo, el juez estimara inválida una prueba rendida y, por lo tanto, fundamentara su decisión en tener o no tener por acreditado el hecho sobre el que dicha prueba recaía, comete la infracción antes de realizar el examen valorativo del su mérito probatorio. Debe ceñirse, en este sentido, estrictamente a lo establecido en la normas legales que regulan dicho

¹¹² Ver cita 45.

medio de prueba. Pero determinado que sea la legalidad de la prueba, el juez es libre de apreciarla.

Como ya se expresó anteriormente, en materia civil, no rigen los mismos principios.

Para analizar esta materia, recordemos que la apreciación comparativa de los medios de prueba, tanto en materia civil como penal, deberá hacerla el juez en la sentencia definitiva. De acuerdo con el auto acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, debe “hacer la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas generales”.

Ya hemos estudiado el valor probatorio que cada medio de prueba, sin embargo es bastante inusual que un hecho pueda ser probado por un solo medio. La generalidad de las veces las partes hacen valer diversos medios probatorios al mismo tiempo.

¿Qué ocurre cuando existen pruebas contradictorias de la misma o diversa especie y a las que simultáneamente se le atribuye idéntico grado de eficacia? Se deben valorizar comparativamente las pruebas.

En doctrina existen tres soluciones:

- a.- Tener por no acreditado el hecho controvertido.
- b.- Atribuirle primacía a aquella prueba que, según el legislador, exhiba mayores visos de credibilidad.
- c.- Conceder al juzgador la facultad de preferir aquella prueba que considere más conforme a la verdad.

Nuestra legislación reconoce, en mayor o menor grado, estas tres soluciones. Pero, las dos primeras restringidas a la prueba testimonial.

Por lo tanto, para estar frente a un problema de apreciación comparativa deben concurrir los siguientes requisitos:

1.- Deben existir pruebas contradictorias.

Es decir, deben existir medios de prueba que acrediten hechos que se excluyen mutuamente. Esto no significa que debe tratarse necesariamente del mismo medio de prueba.

2.- Las pruebas deben tener idéntica eficacia, de manera que no sea lícito atribuirle prioridad a una de ellas.

Las distintas pruebas no sólo deben el mismo mérito probatorio por sí mismas, además, no debe existir preferencia de un determinado medio establecida por el legislador expresamente.

3.- La contradicción no debe estar resuelta por la ley.

La ley puede solucionar el conflicto expresa o tácitamente:

- Es expresa cuando el legislador, en términos formales, prefiere una prueba determinada sobre otra prueba, también determinada.
- Es tácita, cuando la ley exige un determinado medio probatorio para la prueba de ciertos hechos o declara que uno de estos medios es inadmisibles para un caso específico. Por ejemplo, el artículo 1701 del Código Civil establece que la falta de instrumento público no puede suplirse por otro medio de prueba en los actos

y contratos en que la ley requiera esa solemnidad. Por el contrario, el artículo 157 del mismo Código establece que en los juicios sobre separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido, la confesión de este no hace prueba.

En el proceso civil se dan dos normas para solucionar la contradicción de medios probatorios.

1º.- La regla general establecida en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

Este artículo, que se encuentra en el Título XI “De los medios de prueba en particular”, párrafo 8º “De la apreciación comparativa de los medios de prueba”, establece : “Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme a la verdad”.

Fundamentada en tal disposición, la Corte a señalado reiteradamente que la errónea apreciación que los tribunales puedan hacer en el examen comparativo de los medios de prueba, no autoriza la casación de fondo.¹¹³

La razón es que la Corte ha considerado que la apreciación comparativa de los medios de prueba es una cuestión relacionada con los hechos que queda entregada a los jueces de la instancia.

Esta atribución que sobre los tribunales hace el citado artículo 428, recae exclusivamente en los jueces de fondo. Así lo reconoce la sentencia de la Corte suprema de fecha 1 de Abril de 1971, que señala que “la apreciación comparativa de los medios de prueba producidos en juicio es facultad que corresponde por

¹¹³ C. Suprema, 9 Abril de 1952. R.D.J., T. 49, secc. 2ª, pág. 83; 12 Agosto de 1952, R.D.J., T.49, secc. 1ª, pág. 290.

entero y exclusivamente a los jueces del fondo, como se desprende de la atribución amplia que les otorga el artículo 428 del código de Procedimiento Civil.¹¹⁴

2º.- La norma especial aplicable a la prueba testimonial, establecida en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil.

Con relación a esta disposición, la jurisprudencia ha tenido una actitud un tanto flexible, como antes se ha señalado a propósito del valor probatorio de la prueba testimonial. Sin embargo, dos numerales no interesan en este momento, de los cuales podemos extraer a su vez dos reglas:

a) Primera regla especial del artículo 384 N° 3 del código de Procedimiento Civil.

Debemos señalar que esta regla especial sólo se aplica cuando existe una contradicción de testimonios, es decir, sólo resuelve el problema suscitado en relación a este específico medio de prueba.

Señala el numeral en cuestión que: “Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aún siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso”.

En primer lugar, debemos tener presente que nuestra jurisprudencia ha señalado que esta disposición es aplicable cuando las declaraciones contradictorias se otorgan en el mismo juicio.¹¹⁵ Además, las declaraciones de los testigos no

¹¹⁴ R.D.J., T. 68, secc. 1ª, pág. 76.

¹¹⁵ Sentencia de 30 de Diciembre de 1967, R.D.J., T. 64, secc. 1º, pág. 425. “Para que tenga vigencia lo dispuesto en el N°3 del artículo 384 del C.P.C., es indispensable que ambos litigantes hayan rendido prueba testimonial en el curso de la causa...” Esto es lógico, ya que se trata de una norma que regula la apreciación comparativa de las prueba que el Juez debe evaluar, las que deben rendirse en el proceso, y debe tratarse específicamente de la prueba

deben estar desvirtuadas por otras pruebas, ya que en ese caso no se aplica esta norma, sino que la del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

En este caso, el juez tiene la facultad exclusiva y excluyente de otorgarles mayor mérito probatorio a las declaraciones de aquellos testigos que, según su juicio, guardan mayor concordancias con las demás antecedentes del proceso.

Esta facultad del juez no es susceptible de fiscalización de parte del tribunal de casación, por cuanto tiene la característica de ser privativa. El legislador ha entregado a su criterio y convicción este examen comparativo.

Así lo reconoce la sentencia de fecha 12 de Enero de 1953 que señala que “es atribución privativa de los jueces del fondo apreciar y ponderar los elementos probatorios de la litis, no haciéndolo de la manera que crean más conforme a la verdad...”¹¹⁶.

En estricto rigor, esta disposición es un tanto inútil, porque no se trata más que de una repetición de la norma general del artículo 428, y desde este punto de vista no se trata de una regla especial, pero es tiene la virtud de destacar más aún el hecho de que no es absoluta, en el sentido que existe otro numeral del mismo artículo que establece una regla distinta, y que a continuación analizaremos.

b) Segunda regla especial aplicable del artículo 384 N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

Este numeral señala que “cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a

testimonial, es decir, de declaraciones prestadas ante el Juez de la causa, ya que se trata de declaraciones judiciales ofrecidas por las partes.

¹¹⁶ R.D.J., T. 50, secc. 1°, pág. 45. Esta sentencia se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto por una de las partes fundamentándose precisamente en la violación del artículo 384 N° 3 del C.P.C. En el mismo sentido, sentencia de fecha 30 de Diciembre de 1967, R.D.J., T. 64, secc. 1°, pág. 425.

dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho”.

Se trata de una norma de clausura, ya que resuelve una situación en la que no existe razón alguna para inclinarse en un sentido u otro. Obviamente, el caso se presenta cuando no existen otras pruebas en el proceso que induzcan al juez a darle más crédito a las declaraciones de ciertos testigos, ya que el artículo alude a la “sana razón” del juez, la que no puede desatender lo establecido en el artículo 428 que se refiere a “pruebas contradictorias”, es decir, a un examen de todas las pruebas rendidas. Es decir, el juez debe, en primer lugar, descartar la posibilidad de realizar una apreciación amplia de las pruebas que obran en autos, y sólo en ese caso, cuando tal apreciación no es posible porque no existen otras pruebas, aplicar esta regla.

Este mismo criterio ha tenido la jurisprudencia, al señalar: “si las partes han presentado igual número de testigos, equivalentes en circunstancias de credibilidad, deben tenerse por no probados el hecho controvertido, si no hay en el proceso prueba alguna para presumir su existencia”.¹¹⁷

En resumen, y con el objeto de elaborar un listado de las reglas imperativas más importantes a las que el Juez debe ceñirse, antes llegar al estadio de reflexión en el cual puede valorar según su criterio y convicción las pruebas rendidas en el proceso, y teniendo en consideración lo señalado en el capítulo referente al valor probatorio de los distintos medios de prueba, se pueden establecer las siguientes reglas de apreciación comparativa:

¹¹⁷ Sentencia de 28 de Marzo de 1910, R.D.J., T. 7, secc. 1º, pág. 477. Sin embargo, estimo que tal situación igualmente se produce cuando existen otras pruebas en el proceso, y el Juez las ha desechado por no atribuirles

- En primer lugar, debe estarse a lo que digan las disposiciones especiales. Esto se constata fácilmente, porque en muchas partes la ley dispone que para probar un hecho específico debe rendirse una prueba determinada. Ejemplo, para probar la posesión de bienes inmuebles se requiere de la inscripción de su título en el Registro Conservatorio respectivo.
- Hay que tener presente, que las presunciones de derecho están en primer lugar. Al no admitir prueba en contrario, indudablemente que tienen un valor probatorio más fuerte que todas las otras pruebas.
- Si la contradicción se produce entre una prueba plena y una semiplena, se dará por probado el hecho conforme se desprende de la plena, o con las características que se desprenden de la plena.
- Si la contradicción se produce entre plenas pruebas, hay que ver si hay o no ley que resuelva el conflicto. Si hay ley que resuelva el conflicto, ha de estarse a ella. Si no la hay, se entrega la solución al juez. Esto se desprende claramente del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil que señala que “Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”. En esta situación, en que resuelve el juez, puede incluirse también el caso en que la contradicción se produzca entre pruebas semiplenas; pues se puede sostener que no hay ley que resuelva el conflicto. A menos que se estime que es procedente la suma de pruebas semiplenas y, que dos formarían prueba plena.

mérito alguno. No existe ninguna razón para limitar al Juez en este sentido, ya que el mismo artículo 428 le otorga

- No debe olvidarse que la confesión prestada sobre hechos personales del confesante prevalece sobre las demás pruebas.
- La jurisprudencia ha estimado que al hacer prevalecer los jueces del fondo el informe pericial sobre los demás medios probatorios, por tratarse del establecimiento de un hecho para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales, se limitan a ejercer la facultad que al efecto les confiere la ley, para preferir entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, la que más conforme crean a la verdad; y que el preferir un medio probatorio a otro es facultad propia de los jueces llamados a establecer los hechos de la causa y de índole absolutamente exclusiva, cuyo ejercicio escapa a la revisión por medio de un recurso de casación.¹¹⁸
- En materia de prueba testimonial existen dos reglas especiales, sólo establecidas para el caso de existir declaraciones de testigos contradictorias: En primer lugar, el Juez puede darle mayor valor probatoria a las declaraciones que, aún siendo menores en número, le parezcan más conforme a la verdad o con las otras pruebas rendidas en el proceso. En segundo lugar, si no existen motivos para atribuirles a unas declaraciones más crédito que a las otras, y siendo ambas iguales en número, el hecho se da por no acreditado.

Pienso que la infracción a estas reglas mínimas constituye una violación a las normas reguladoras de la prueba, y por lo tanto autoriza la interposición del recurso de casación en el fondo.

esta prerrogativa. En definitiva, es él quien decide qué antecedente constituye o no prueba de los hechos.

¹¹⁸ Ignacio Rodríguez Papic. Procedimiento Civil Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. (1995). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, página 219.

CAPÍTULO III: LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL.

1.- El nuevo proceso Penal.

Durante la administración del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se inició una reforma judicial destinada, fundamentalmente, a modernizar el actual sistema de procedimiento penal, frente a las nuevas exigencias de los estados democráticos.

Recordemos que el actual proceso penal encuentra su origen en la legislación española impuesta a las américas durante el proceso de Conquista.

La característica más destacable de este sistema, es, precisamente, su naturaleza inquisitiva, herencia de la regulación medioeval de la Europa continental y del sistema canónico desarrollado durante el siglo XIII.

Al producirse la independencia de nuestro país, no se efectuó una derogación de la legislación monárquica, sino que esta se mantuvo en lo fundamental hasta la dictación del actual Código de Procedimiento Penal, el año 1906. Sin embargo, este nuevo cuerpo legal mantuvo las viejas estructuras del sistema inquisitivo.

El sistema inquisitivo persigue, como antes se ha señalado, el descubrimiento de la verdad, histórica o real. Con este fin, se le otorgan al Juez las más amplias facultades para lograr dicho objetivo, no ya en interés de las víctimas, sino en el de la sociedad entera, pudiendo, para ello, actuar de oficio las más de las veces.

Al centrarse la obtención de esta finalidad en la actuación del Juez, se hace innecesario, e incluso peligroso, dar publicidad a su investigación. Para el control que obligadamente sus superiores jerárquicos deben ejercer sobre su función, las

actuaciones y todo tipo de antecedentes deben ser registradas por escrito, formándose un expediente, que constituye la materialidad del proceso.

Una vez finalizada la investigación del Juez, recién empieza una etapa verdaderamente jurisdiccional, formalizándose las conclusiones a que el Juez ha llegado en la acusación fiscal, que es formulada por el mismo Juez. Es aquí donde los inculpados, ahora acusados, tienen obligatoriamente acceso al expediente y pueden, por lo tanto, plantear una defensa de fondo. Es importante destacar que, en la práctica, esta etapa postrera es bastante menos importante que la de investigación del sumario.

Por último, abusando de la capacidad psicológica de nuestros jueces, el sistema le encarga, al mismo Juez que investigó y luego acusó, dictar la sentencia definitiva.

Por la finalidad de este trabajo, es importante destacar algunas características del sistema descrito:

1.- La labor del Juez es tan fundamental y decisiva, que se hace necesario, con el objeto de acotar sus facultades, establecer un sistema de prueba legal estricto. Ya hemos visto que esta finalidad expresa en la ley ha sido atenuada por la doctrina y la jurisprudencia.

2.- Fundados en ciertos principios políticos y constitucionales que más adelante señalaremos, nuestro actual sistema penal establece una organización judicial notoriamente jerarquizada, de manera que, por regla general, el Tribunal superior revisará todos ámbitos de lo obrado por el inferior. Esto se logra a través de un complejo sistema de recursos y trámites.

En el discurso anual de rendición de cuentas de la gestión gubernamental, en su primer año de gobierno, el Presidente Frei manifestó la urgente necesidad de modernizar nuestra justicia penal con el objeto de agilizar la resolución de los conflictos y separar las funciones investigadoras de la sentenciadora, mediante la creación de un Ministerio Público que asumiera las primeras.¹¹⁹

No es el objetivo de este trabajo realizar un estudio del nuevo sistema procesal penal, pero sí se abordará el tratamiento de los recursos establecidos en él, con el objetivo de determinar en qué medida la infracción a las normas reguladoras de la prueba continúa siendo una causal de impugnación de la sentencia definitiva.

2.- El primer proyecto de Código Procesal Penal.

La actual reglamentación de los recursos en materia penal está contenida en el Código de Procedimiento Penal, en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales.

Este sistema se caracteriza por la amplia posibilidad de interponer recursos que tienen las partes, lo que se traduce en que la mayor parte de las resoluciones judiciales son susceptibles de algún recurso ante un Tribunal superior.

La razón de esto es que la apelación ocupa un papel central en nuestra legislación, a tal punto que ella es la regla general, y procede contra toda clase de resoluciones, con escasos requisitos formales. Además, la apelación permite

¹¹⁹ El Nuevo Proceso Penal, Alex Carocca A. y otros, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., pág. 14, primera edición. Los autores transcriben parte del discurso presidencial de fecha 21 de Mayo de 1994 en el inicio de la Legislatura Ordinaria del Congreso Nacional: "... reformar profundamente nuestro procedimiento penal, de modo que agilice la resolución de los conflictos y que permita el contacto directo entre el juez y las partes que solicitan justicia. También se requiere separar la función investigadora – que deberá confiarse al Ministerio Público – de la sentenciadora, que en esencia corresponde al juez. Ello a fin de cautelar debidamente las garantías procesales propias de un estado democrático, lograr la sanción de los delincuentes, el amparo de las víctimas y otorgar seguridad a la ciudadanía".

transitar de un grado jurisdiccional a otro, es decir, se abre una nueva instancia para el conocimiento y resolución del asunto sometido a decisión del Tribunal.

El principio que está detrás de esta reglamentación , es el de una extrema verticalidad en el ejercicio de la jurisdicción. Esto se ve ratificado en que, incluso, si las resoluciones más importantes no son apeladas, de igual forma el Tribunal superior ejerce una fiscalización, por la vía del trámite de la Consulta.

Evidentemente, estos criterios dejan entrever una gran desconfianza que el sistema tiene para con los jueces de primera instancia, ya que se establece un control jerárquico automático de cualquiera de sus decisiones por parte de un Tribunal de Alzada. La consecuencia directa es que unos pocos Tribunales superiores, al mando del poder judicial, pueden imponer sus mandatos sobre el resto de los jueces.

Según la doctrina, el sistema tiene su origen en los inicios del Estado Constitucional de Derecho. En efecto, como consecuencia de la Revolución Francesa, los Tribunales, que ejercían sus funciones por delegación directa del poder Real, debieron sufrir una drástica pérdida de poder, ya que se consideró a la ley como una “manifestación de la voluntad soberana” del pueblo francés. Por tal motivo, los nuevos republicanos estuvieron muy reticentes en entregar a un solo juez la interpretación de esa voluntad popular, de modo que se establecieron severos controles tendientes a impedir una interpretación arbitraria de la ley, obligando al juez a ceñirse estrictamente al espíritu original de la norma legal.

Por otro lado, el establecimiento de una amplia gama de recursos en el sistema penal puede explicarse como una herencia directa del ordenamiento colonial, que consideraba el ejercicio de la jurisdicción como parte del poder Real, que el monarca delegaba en funcionarios subalternos, de modo que se autorizaba a

las partes para recurrir progresivamente ante funcionarios superiores, y en ciertos casos, incluso llegar hasta el propio monarca.¹²⁰

En el nuevo régimen procesal penal no se mantiene esta estructura descrita, debido en gran parte a que un juicio oral es, por esencia, irrepetible.

El proyecto inicial, aprobado por la Cámara de Diputados, contemplaba, en primer lugar, la disminución de los recursos disponibles para las partes. En un análisis de este proyecto, se pueden observar los criterios con que el legislador estructuró la reforma.

Es así como, por ejemplo, el artículo 398 del primitivo proyecto de Código Procesal Penal, establecí que serían siempre inapelables las resoluciones dictadas por un Tribunal Colegiado.

Se establecía también que los recursos de reposición y apelación deberán ser fundados, estableciendo, de esta manera, nuevos requisitos para su interposición.

Sólo serían apelables las resoluciones dictadas por el juez de la instrucción cuando la resolución pusiera término al procedimiento, o cuando se hiciera imposible o se suspendiera su prosecución, y cuando la ley lo señalara expresamente. En todo caso, mantenía aplicables, en lo que no se opusiera a lo establecido en dicho Código, las normas del Título XVIII, del Libro I del Código de Procedimiento Civil.

Pero la modificación más sustancial era el establecimiento de un nuevo recurso, denominado “Recurso Extraordinario”, procedente en contra de las sentencias definitivas condenatorias del juicio oral, cuando éstas se aparten **manifiesta y arbitrariamente** de la prueba rendida en la audiencia. Era competente para conocer de este recurso, la Corte de Apelaciones respectiva.

¹²⁰ Cita anterior, pág. 300.

La interposición de este recurso suponía la renuncia al de Casación, a menos que ambos se interpusieran conjuntamente, en cuyo caso el Tribunal competente sería aquel que de acuerdo a la ley debía conocer de la Casación, el que debería tramitar y resolver ambos recursos en forma conjunta (artículo 410).

Por su parte, el artículo 415 del citado proyecto, establecía la procedencia del recurso de Casación en contra de la sentencia que se basaba en la infracción de una disposición legal o constitucional. El inciso segundo de dicho artículo señalaba que *“cuando la infracción invocada como motivo del recurso se refiera a una ley que regule el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado del vicio o defecto, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley”*, excepto cuando la ley no contemple recurso alguno contra la resolución o cuando el vicio se produzca en el pronunciamiento mismo de la sentencia recurrida, o cuando el vicio o defecto llegue a conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia, o cuando la infracción de ley sea motivo absoluto de casación. Este recurso de casación sería conocido por la Corte Suprema, salvo que recayera sobre sentencias absolutorias o condenatorias que impusieran penas no privativas de libertad o privativas de libertad inferiores a presidio o reclusión mayor.

Eran motivos absolutos de casación los siguientes casos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 421 del proyecto Código Procesal Penal:

- a) Cuando se trate de lo que la doctrina denomina “vicios del Tribunal”, que son las mismas causales de casación en la forma establecidas en el actual artículo 541 N° 6, 7 y 8 del Código de Procedimiento Penal.
- b) Cuando la audiencia de juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia del Fiscal del Ministerio Público o de alguna persona cuya presencia la ley exija.

- c) Cuando durante el juicio oral se hubiere vulnerado el derecho del acusado a ser oído o a ejercer su defensa efectiva, como si se le impidiera rendir prueba o intervenir en la que se produzca.
- d) Cuando hubiere sido dictada en un juicio oral en el que hubieren sido violadas las disposiciones sobre la publicidad y la continuidad del juicio.
- e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 382, letras c), d) o e), el que se refiere a las menciones esenciales de la sentencia definitiva.
- f) Cuando se hubiere dictado con infracción a lo prescrito en el artículo 381 (la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación).
- g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

Al observar estas causales, se llega a la conclusión que mayoritariamente se referían a aspectos formales o de procedimiento, salvo la causal c) que podía comprender los casos en que se vulnera una norma reguladora de la prueba que se refiriera a la admisibilidad del medio de prueba.

En atención a la normativa antes analizada, podemos señalar que la infracción de las normas reguladoras de la prueba, podía ser causal de impugnación de la sentencia definitiva, en este primer proyecto, en los siguientes casos:

1.- Como fundamento del recurso extraordinario. Este parecía ser el mecanismo más adecuado para impugnar la resolución, ya que se refería específicamente a la arbitraria apreciación de la prueba rendida. En este caso, se debían considerar las conclusiones antes señaladas en la capítulo anterior, numeral 5.

2.- Como causal del recurso de casación, en caso de optarse por esta vía.

3.- Como causal absoluta de casación, fundado en la causal c), en relación a la admisibilidad de los medios de prueba.

3.- El proyecto definitivo.-

Finalmente, el Senado modificó el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, fusionando los dos recursos antes analizados, creando un nuevo recurso, el de Nulidad.

De esta forma, se evitó lo que seguramente se iba a transformar en una nueva deformación del sistema: que el recurso extraordinario, debido a la causal genérica que habilitaba su interposición, se transformara en un sucedáneo del recurso de apelación, rompiendo con ello, las finalidades fundamentales de la reforma, la instancia única y la oralidad.

Por otro lado, una estructura de recursos como la descrita aún mantenía una visión que enfatizaba el control jerárquico de los Tribunales Superiores, fundado en la falacia del error humano como razón última de la doble revisión del proceso.

Es necesario recordar que este proyecto no concitaba la unanimidad entre los redactores de la reforma, pero en su mayoría primó la opinión de quienes estimaban que el problema más grave era que se mantenía la posibilidad de que la sentencia fuera decidida finalmente por un Tribunal que no había presenciado las audiencias y el debate.

Pero la razón que más nos interesa en este momento para modificar el proyecto, es que se establecía, por una parte, un criterio de valoración libre de la

prueba, y por otra, una causal de nulidad que consistía en apartarse de la prueba rendida, lo que según don Alex Carocca P. equivalía a la infracción de las normas reguladoras de la prueba.¹²¹

El Senado se decidió por introducir reformas de envergadura al sistema procesal y concibió el recurso de nulidad.

Este recurso, establecido en el artículo 372 del Proyecto finalmente aprobado, es de derecho estricto, desde el momento que se concede “por las causales expresamente señaladas en la ley”.

Las causales están señaladas en los artículos 373 y 374, los que establecen una distinción:

1.- El artículo 373 señala que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

- a) *Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y*
- b) *Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.*

La primera de estas causales tiene como objetivo lograr el respeto de los derechos y garantías procesales recogidas por la Constitución o por los tratados

¹²¹ Nuevo Proceso Penal, Editorial Conosur, pág. 314.

internacionales sobre derechos humanos, es decir, lo que en doctrina se denomina “el debido proceso”.

Esto es concordante con lo establecido en el artículo 159 del nuevo código Procesal penal, que establece que : “Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. **Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento**”.

Pienso que esa norma tiene directa relación con los motivos absolutos de nulidad señalados en las letras b), c) y d) del artículo 374, de modo que es su complemento.

De este modo, la interpretación más lógica es entender la causa a) del artículo 373 como una extensión de las causales absolutas, con la diferencia que aquella exigirá acreditar el perjuicio, en cambio en éstas dicho perjuicio se presume.

No es válido, por tanto, involucrar a las normas reguladoras de la prueba estudiadas en esta causal, ya que se trata de garantizar el derecho a defensa y a un procedimiento legal, que desde este punto de vista, adquieren la naturaleza de formales en relación a las normas sobre la prueba. Esto se ve ratificado por la redacción del artículo 159, que se refiere a “la inobservancia de las formas procesales”.

La segunda causal de procedencia del recurso de nulidad, tiene una vinculación más directa con el antiguo recurso de casación, desde que se desprende

de su texto que su finalidad es “asegurar una acertada aplicación de las normas jurídicas”.¹²²

Esta norma es más explícita en su redacción que su antecesora, en el sentido que habla de “errónea aplicación de derecho”, y no ya de “infracción de ley”, materializando un concepto que la doctrina ya había aceptado. Sin embargo, es importante destacar que, como se vio anteriormente, la Jurisprudencia en muchas ocasiones declaró improcedente la casación interpuesta que no se fundaba en la violación de la “ley” (aunque aceptaba el concepto amplio de la voz “ley”). Desde ese punto de vista constituye un avance.

En lo demás, la causal parece repetir la anterior legislación, pero se debe tener presente que los principios inspiradores son completamente distintos, de modo que se debe adaptar la interpretación y la determinación de sus ámbitos de aplicación a los nuevos criterios del proceso oral.

Don Alex Carocca P. estima que no es procedente hablar de “decisión errónea”, sino mas bien de una discordancia entre lo resuelto por el tribunal de la instancia y aquél que se pronuncia sobre la nulidad, prevaleciendo la opinión de este último.

Tal como lo establece el actual Código de Procedimiento Penal, el nuevo exige que dicho “error” influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo. De este modo, a mi entender, es aquí dónde se produce la filtración más importante para efectos de determinar la procedencia del recurso frente a la violación de las normas reguladoras de la prueba, sean estas *regulatoria* o *decisoria litis*.

Por último, el artículo 385 de nuevo código Procesal Penal establece los efectos que tendrá la declaración de nulidad.

¹²² Alex Carocca, obra citada, pág. 320.

- a) La Corte podrá invalidar sólo la sentencia, y no el juicio oral, si la causal de nulidad no se refiere a la calificación de un hecho que la ley no trata como tal o se aplique una pena cuando no debiera aplicarse ninguna o cuando se ha impuesto una superior a la que corresponde.

- b) Sí se invalidará tanto la sentencia como el juicio oral que le dio origen, si la causal de nulidad se refiere a las formalidades que debieron cumplirse en el juicio o **a los hechos o circunstancias que se han dado por acreditados en el proceso.**

Es decir, la infracción de las normas reguladoras de la prueba producirá, si influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo, no sólo la invalidación de la sentencia, sino que del proceso en general, debiendo la Corte remitir los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que proceda a realizar una nueva audiencia.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado en este trabajo se pueden desprender las siguientes conclusiones:

- 1.- El fin de la prueba consiste en presentarle al juez los hechos necesarios para que éste adquiera la certeza que le permita adoptar su decisión.

- 2.- Es atribución del juez calificar los hechos como exentos o no de prueba.-

- 3.- Para los efectos de que concurra una causal de casación en el fondo, la naturaleza de la ley infringida solamente tiene importancia cuando se analiza si esta influye o no sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

- 4.- La ubicación en los distintos Códigos no es un indicio para calificar la norma como reguladora de la prueba, sino que esta cualidad fluye de la naturaleza intrínseca de la misma.

- 5.- En general, se pueden distinguir a las normas reguladoras de la prueba por que contienen la característica de constituir un mandato, limitación o prohibición a las facultades del juez.

- 6.- A pesar de que nuestro sistema sea el de la prueba legal o tasada, la jurisprudencia ha sido reiterativa tanto en señalar que las enumeraciones de los medios probatorios no son taxativos, como en ampliar el concepto de dichos medios expresamente señalados.

7.- El principio del onus probandi establecido en el artículo 1698 del Código Civil es un principio aplicable como regla general en todo el derecho, y no se encuentra determinado por la posición de las partes en el juicio, sino que por el particular interés que las motiva en cada situación concreta.

8.- Pese a no ser aceptado por la jurisprudencia, los pactos celebrados por las partes que alteren el onus probandi, constituyen la disposición de derechos individuales.

9.- En principio, nuestro ordenamiento jurídico establece un sistema que restringe en gran medida la facultad del juez. Sin embargo, al analizar los medios de prueba, se deduce que la mayor de las veces es éste quien aprecia y decide su valor individual y comparado. Aún así, su labor, está limitada por un número destacable, que se debe tener en cuenta, de reglas especiales que le señalan expresamente el valor probatorios de ciertos medios de prueba.

10.- En cuanto a la apreciación comparativa de los medios de prueba la regla general es la valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica; sin embargo, existen casos en que este principio cede paso a una decisión tomada de antemano por el legislador.

11.- Después de un análisis de todos los medios de prueba, se pueden deducir ciertas reglas mínimas que el juez no puede dejar de aplicar, y cuya infracción es sancionada con la nulidad de la sentencia en que ésta se ha cometido, por obra del recurso de casación en el fondo.

12.- Por último, en el nuevo proceso penal se contempla la infracción a las normas reguladoras de la prueba, con las características estudiadas, mediante el nuevo recurso establecido, llamado recurso de nulidad.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- 1.- Aspectos Generales de la Prueba. MATURANA M., Cristián; Central de Apuntes, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 1999.
- 2.- Casación en el Fondo Civil y Casación Oficial. TRONCOSO M, Pedro; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- 3.- Compendio de Pruebas Judiciales. DEVIS C., Hernando; Bogotá, Editorial TEMIS, 1969.
- 4.- De los Recursos Procesales. ESPINOSA S., Alejandro; Santiago, Distribuidora Universitaria Chilena Ltda., 1980.
- 5.- Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General. VODANOVIC H., Antonio; Santiago, Editorial ConoSur, 1991.
- 6.- Derecho Procesal Civil. GUASP, Jaime; Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- 7.- Derecho Procesal, Juicio Ordinario y Recursos Procesales. BENAVENTE, Darío; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- 8.- Derecho Procesal Penal. ALCALÁ Z., Vicente; Buenos Aires, Editorial Guillermo krft Ltda., 1945.
- 9.- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A.
- 10.- El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. ANABALÓN S., Carlos; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1954.
- 11.- El Nuevo Proceso Penal. CAROCCA P., Alex; Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2000.

- 12.- Estudio Sobre el Proceso Civil. CALAMANDREI, Piero. Traducción Hugo Pereira; Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1993.
- 13.- Fundamentos del Derecho Procesal Civil. COUTURE, Eduardo J.; Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.
- 14.- Interpretación y Juez. FUEYO L., Fernando; Santiago, Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Iuris”, 1976.
- 15.- Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal. ORTÚZAR L., Waldo; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958.
- 16.- La definición de Hecho Notorio. CALAMANDREI, Piero. Traducción Hugo Pereira A.; Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1993.
- 17.- La Prueba Ante la Jurisprudencia (5 volúmenes). RIOSECO H, Emilio; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- 18.- La Prueba Civil. CARNELUTTI, Francesco. Traducción Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; Buenos Aires, ediciones Depalma, 1982.
- 19.- La Prueba en Materia Sustantiva Civil. PEÑAILILLO A., Daniel; Universidad de Concepción, 1984.
- 20.- La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. SALGADO F., Liliana; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- 21.- Nuevas Orientaciones de la Prueba. DUNLOP R., Sergio; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- 22.- Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. RODRÍGUEZ P., Ignacio; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- 23.- Proyecto de Código Procesal Penal. Versión aprobada por la Cámara de Diputados y remitida al Senado el 21.01.98; Santiago, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000.

- 24.- Recurso de Casación y Queja. TAVOLARI O., Raúl; Santiago, editorial ConoSur, 1996.
- 25.- Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 37, año 1965.
- 26.- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Código de Procedimiento Civil.
- 27.- Revista de Derecho y Jurisprudencia.
- 28.- Gaceta Jurídica.
- 29.- Código Civil.
- 30.- Código de Procedimiento Civil.
- 31.- Código de Procedimiento Penal.
- 32.- Código Procesal Penal.
- 33.- Código Orgánico de Tribunales.