



Departamento de Derecho Procesal

**CÓDIGO PROCESAL CIVIL: PROBLEMAS CONCEPTUALES DE  
LA REFORMA AL PROCESO CIVIL EN MATERIA PROBATORIA  
A LA LUZ DE LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA**

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

**Miguel Ignacio Donckaster Moreno**

Profesora guía: Lorena Donoso Abarca

Santiago de Chile

2016

*Dedico esta Memoria a mi madre Carmen Eugenia, cuyo amor, esfuerzo y dedicación me ha acompañado desde el inicio de mi formación.*

*Y a Ágata Sofía, fuente de inspiración y motivación para todo.*

## Agradecimientos

Agradezco el apoyo constante en la realización de esta Memoria a Constanza Saavedra Garín. Agradezco también especialmente a don Felipe Báez Robledo. Al equipo de Donckaster y Compañía, a mi familia y amigos. Al profesor don Sabás Chahuán Sarras y a su ayudante doña Alejandra Vera Azocar; a la profesora doña Magdalena Bustos Díaz; al profesor don Felipe Marín Verdugo; y a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Y por último, a la Subsecretaría de Justicia.

## Índice

Índice .....	4
Resumen .....	8
Introducción .....	9
CAPÍTULO PRIMERO: LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA .....	15
1. Definición de los modernos medios de prueba: .....	15
2. Dispositivos de almacenamiento de datos a través de métodos ópticos: 17	
3. Dispositivos de almacenamiento de datos en soporte virtual: .....	20
4. Usos Probatorios de los instrumentos formales:.....	23
5. Medios de captación, almacenamiento y transmisión de datos: .....	25
6. Sistemas de captación y tratamiento de rasgos biométricos: .	28
CAPÍTULO SEGUNDO: EL TRATAMIENTO DE LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO ACTUAL .....	31
1. Los Modernos Medios de Prueba en el sistema Civil nacional: .....	31
1.1. Principios Probatorios en el Código de Procedimiento Civil: .....	32
1.1.1. El principio dispositivo .....	32
1.1.2. Principio de mediación .....	34
1.1.3. Principio de la adquisición .....	36

1.1.4.	Principio de la prueba legal.....	36
1.2.	Los modernos medios de prueba en la legislación positiva del Código 38	
1.3.	Los modernos medios de prueba en la jurisprudencia actual.....	45
2.	Legislación probatoria comparada.....	50
2.1.	Sistema Procesal Civil de la República Argentina.....	52
2.2.	Derecho Procesal Civil de la República Francesa.....	57
2.3.	Sistema Procesal Civil del Reino de España.....	66
2.4.	Sistema Procesal Civil de Inglaterra Y Gales.....	78
3.	Conclusiones al capítulo segundo.....	85
CAPÍTULO TERCERO: EL TRÁNSITO A LA REFORMA PROCESAL CIVIL..		90
1.	Los anteproyectos de Código Procesal Civil.....	90
1.1.	Anteproyecto de Código Procesal Civil de 2006:.....	90
1.2.	Proyecto de Código Procesal Civil del año 2009:.....	104
1.3.	Las deliberaciones del Foro Procesal Civil, la redacción del proyecto de Código de 2012:.....	111
2.	La discusión legislativa del Proyecto de Código Procesal Civil: .....	117
3.-	Los Modernos Medios de Prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil: .....	124
3.1.	Principios rectores del Proyecto de Código Procesal Civil: .....	124

3.1.1.	El impulso procesal judicial y el principio dispositivo en el PCPC: ...	124
3.1.2.	El principio de oralidad, concentración e inmediación:.....	126
3.1.3.	El Código Procesal Civil ¿un proyecto aislado?.....	128
3.2.	Los modernos medios de prueba en el PCPC, cambios normativos: 131	
3.3.	Conclusiones al capítulo tercero.....	138
4.	Conclusiones al capítulo tercero.....	138
	CONCLUSIONES .....	142
1.	Los principios formativos del procedimiento, su importancia y recepción en ambos cuerpos legales: .....	143
1.1.	El rol del principio dispositivo en materia civil:.....	143
1.2.	Oralidad e Inmediación:.....	150
2.	Instituciones probatorias de los sistemas procesales civiles analizados: 155	
2.1.	Iniciativa probatoria judicial y principio de aportación de parte, integración de los Códigos procesales en el sistema sustantivo. ....	155
2.2.	Incorporación de los modernos medios de prueba al proceso. ....	164
2.2.1.	Crítica al sistema de homologación del Código de Procedimiento Civil. 164	

2.2.2.	Prospección del estado de los modernos medios de prueba en el PCPC. Libertad probatoria.....	167
2.2.3.	Forma ideal de incorporación. Libertad probatoria plena.....	171
2.3.	Carga de la prueba.....	176
2.4.	Sana crítica, el sistema óptimo de valoración de la prueba:.....	182
3.	Conclusiones finales, el sistema probatorio propuesto.....	186
	Bibliografía.....	192

## Resumen

La investigación se centra en la relevancia de la introducción de nuevas tecnologías en materia probatoria. Siguiendo el método descriptivo se analizan los aspectos esenciales de la propuesta de reforma procesal civil cuya tramitación legislativa se inició en 2012<sup>1</sup>, tanto en sus normas positivas como principios fundantes para dotar a la investigación de un marco que permita analizar el tratamiento de los modernos medios de prueba en la propuesta.

Luego, se analizan los modernos medios de prueba, su tratamiento en la ley vigente y la situación en derecho comparado. Se relevan los medios de fijación de hechos en soportes inmateriales y la captación, tratamiento y transmisión de datos o de rasgos biométricos, analizados desde la óptica normativa y de impacto procesal, sin referirnos en forma alguna a la cadena de certificación, tratamiento y custodia forense de cualquiera de ellos. Las instituciones probatorias a analizar en detalle son: libertad probatoria, forma de incorporación de los medios de prueba al proceso, carga de la prueba y sujetos probatorios.

Finalmente realizamos propuestas que se ajusten a los estándares e imperativos que constituyen nuestro sistema civil (tanto sustantivo como procesal).

---

<sup>1</sup> Boletín 8197-07



## **Introducción**

El proceso de globalización creó la posibilidad de la inmediatez de la información a través de la capacidad de los nuevos sistemas tecnológicos de crear, transmitir y almacenar la información en instantes, acompañado de la alta recepción de estos medios en la población hace que la sociedad pujan por la aplicación de dichas tecnologías en todos los ámbitos de la vida, no pudiendo ser el Estado ajeno a ello, ni mucho menos la administración de justicia. Es por ello que desde mediados de la década de los noventa se ha iniciado una ola de reformas al sistema legal chileno que incide eminentemente en los Códigos procesales y distintos cuerpos legales del mismo carácter. Iniciando con la Reforma Procesal Penal, con plena aplicación en todo el territorio nacional el año 2005, y seguido por la reforma a los procedimientos laborales, de familia, tributario y aduanero – sólo por nombrar algunos – incluso con la creación de tribunales especializados en dichos procedimientos y las correspondientes materias substantivas que soportan.

Tratándose de la justicia civil, el Código de Procedimiento Civil data de 1902. Fue el fruto de un extenso período de sucesivos proyectos que buscaban dotar a la República de un Código moderno y expedito, que pusiera en justo balance los intereses de los litigantes en una justicia rápida con los de la judicatura, que busca un exhaustivo análisis de los hechos y del Derecho para la resolución del

juicio.<sup>2</sup> De acuerdo al Mensaje Presidencial que lo presentaba al H. Congreso Nacional, era el punto culmine del proceso de codificación en materia civil, y tiene como virtud su capacidad de poner en movimiento las leyes sustantivas como son los Códigos Civil y de Comercio, que datan de fines del siglo XIX.

Hoy en día la doctrina coincide en que el Código de Procedimiento Civil necesita reformas sustanciales. El noble fin que inspiró la creación del Código actualmente vigente, incluyendo sus sucesivas modificaciones – algunas más orgánicas que otras -, se ha diluido en materia probatoria y la meta de otorgar eficiencia a las leyes sustantivas civiles ya no es posible.<sup>3</sup> En lo que nos interesa, el Código de Procedimiento Civil carece de una característica básica que tiene su “primo” el Código Civil: no tiene capacidad de adecuarse a la evolución social y tecnológica de nuestra sociedad de principios del siglo XXI.

Tal y como el resto de los Códigos chilenos, el CPC se enfrenta a un proceso de descodificación de sus procedimientos; tal es el caso del arbitraje comercial internacional, regulado en la ley 19.971 de 2004 y del procedimiento para solicitar la posesión efectiva intestada de sucesiones que se abren dentro de Chile, que de acuerdo a la ley 19.903, se tramita ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Adicionalmente, en materia probatoria, el Código de Procedimiento Civil ha perdido relevancia en su carácter supletorio. El nuevo

---

<sup>2</sup> Código de Procedimiento Civil. Mensaje del Código de Procedimiento Civil. Santiago. 19ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2010. p. 11.

<sup>3</sup> Código de Procedimiento Civil. Mensaje del Código de Procedimiento Civil. *Loc. Cit.*

Código Procesal Penal regula de mejor manera la prueba pericial y testimonial; el avance de la sana crítica ha desplazado progresivamente las reglas de prueba tasada, haciendo evidente la insuficiencia de las normas vigentes del CPC, las que sólo han sido someramente actualizadas a propósito de la regulación de los documentos electrónicos.

El Proyecto de Código Procesal Civil fue presentado al Congreso Nacional el día 12 de marzo del año 2012, antes se había presentado un Proyecto de Código Procesal Civil, en el año 2009 que luego fue retirado y un Anteproyecto de Código Procesal Civil elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Entre las motivaciones del proyecto, se busca dar tutela efectiva a los derechos subjetivos de las partes en materia civil y mercantil y que dicha tutela esté a la vez concorde con los estándares constitucionales de nuestra sociedad moderna. Asimismo, pretende consolidarse como punto máximo en la modernización de nuestros Códigos y leyes procesales y con ello conseguir dos metas fundamentales: primero, el Proyecto de Código Procesal Civil es el reemplazo de un sistema que no tiene relación alguna con las leyes procedimentales que se han creado desde la última década del siglo XX, segundo, el Proyecto busca reposicionar la ley procesal civil como la ley supletoria de los juicios especiales – civiles y penales – en forma armónica con las instituciones que dichas normas procesales poseen. Hoy en día es difícil

que este rol supletorio se cumpla en aquellos casos que los procedimientos no comparten al menos los principios informadores. Es el caso de los procedimientos de familia y laborales.

Estos son sólo algunos de los problemas que la Reforma Procesal Civil intenta hacerse cargo, a través del Proyecto de Código Procesal Civil ingresado al Congreso Nacional por el Boletín 8197-07 que se encuentra en tramitación en el Senado,<sup>4</sup> que busca actualizar el sistema procesal civil chileno.

En lo que nos interesa, la nueva justicia civil requiere hacerse cargo de la revolución tecnológica en prácticamente todos los ámbitos; así, la intermediación en la información a través de plataformas como páginas de Internet o transmisión en línea de datos – ya sea que se traduzcan en archivos de audio, video o transmisiones en vivo – es común en nuestros días, el almacenamiento y posterior tratamiento de dichos datos, dejando de lado los dispositivos de almacenamiento digital de grandes capacidades, tales como dispositivos móviles, e incluso en soporte virtual en nubes de datos almacenadas en Internet; todo ello, sin tomar en cuenta los nuevos dispositivos capaces de capturar, transmitir o recibir dichos datos ya sea a través de cables o del aire. El avance de las tecnologías también permite otorgar certeza sobre rasgos que antes era imposible, por ejemplo, el uso de métodos de captura y tratamiento de

---

<sup>4</sup> En adelante, se utilizará el proyecto actual de Código Procesal Civil (boletín 8197-07) como sinónimo a la Reforma Procesal Civil, y para efectos del análisis normativo se tendrá en cuenta la articulación y redacción original del Proyecto, sin perjuicio de hacer notar los cambios introducidos.

rasgos biológicos para autenticar la identidad de una persona, o la comparación del ADN ribosomático para determinar el vínculo de filiación entre dos personas, la cantidad de alcohol en la sangre, la forma en que escribe, etc. Todos estos avances no pudieron ser previstos por el legislador hace más de un siglo.

En cuanto a la relevancia del tema de investigación, estimamos que tal y como han permeado las tecnologías en la sociedad, un número creciente de juicios será resuelto a través de modernos medios de prueba. Es por esto que uno de los aspectos centrales de la reforma en relación a los modernos medios de prueba dice relación con la necesidad de que no se adopten soluciones fenomenológicas sino más bien se caractericen los medios y sistemas de captura y producción de pruebas por sus características generales y no por las tecnologías empleadas. Sólo así no se verá amenazada por la velocidad del cambio tecnológico que podrá traer consigo eventualmente nuevos medios de prueba que de lo contrario la pondrían en la misma situación de obsolescencia que ahora enfrenta el Código de Procedimiento Civil. De esta manera podrá erigirse en una legislación de carácter supletorio, capaz de otorgar un piso común al resto de los procedimientos reformados en instituciones y nuevas teorías como la carga dinámica de la prueba, los hechos admitidos, la iniciativa probatoria judicial, entre otras.

La hipótesis de trabajo que esta memoria intentará resolver es: *La adecuada incorporación de los modernos medios de prueba a los procesos civiles, debe responder a los imperativos de neutralidad tecnológica, equivalencia funcional y no discriminación para ser eficientes en una estrategia procesal de libertad probatoria.*

Hasta el término de la redacción de esta Memoria, la Reforma Procesal Civil se encuentra aprobada en general en la H. Cámara de Diputados, remitida al H. Senado e ingresado a la Comisión de Legislación, Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara revisora del Proyecto.

## CAPÍTULO PRIMERO: LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA

En esta parte de la investigación se define qué debe entenderse por modernos medios de prueba, exponiendo sus características relevantes desde la perspectiva de su eficacia probatoria.

### 1. Definición de los modernos medios de prueba:

Si bien no existe una definición legal de medio de prueba, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil los enumera. La doctrina tampoco ha elaborado un concepto uniforme; así hay autores que definen los medios de prueba como “...*el instrumento, la cosa o la circunstancia en los cuales el juez encuentra los motivos de su convicción frente a las proposiciones de las partes*”.<sup>5</sup> Otros autores se ciñen a la enumeración del art. 341, negando todo valor probatorio a cualquier elemento que no esté contenido en dicho artículo.<sup>6</sup>

A su vez, y respecto de los modernos medios de prueba como especies de medios probatorios, la doctrina los ha definido como: “*aquellos elementos probatorios que el avance de nuestra civilización, de nuestra tecnología, ha ido creando como nuevas formas para atestiguar los hechos y las situaciones*”.<sup>7</sup> Sin embargo, se critica esta definición por cuanto no es lo suficientemente amplia y

---

<sup>5</sup> CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. 6ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2010. t. IV.

<sup>6</sup> RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. *Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. 7ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. pp. 119-120.

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ, Juan. *Los Modernos Medios de Prueba Representativos en el Derecho Chileno*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 2000. p. 3.

clara para la comprensión de este fenómeno pues si bien es cierto que éstos provienen del avance de nuestro conocimiento científico y tecnológico, su función no es sólo la fijación de hechos como testigos silentes de la actividad humana (como sería el caso de las fotocopias, fotografías o grabaciones de audio), sino también constituir una prueba en sí misma, formando un nuevo hecho que antes de aplicarse la técnica a la realidad, era imposible o muy difícil de conocer (por ejemplo, las pruebas de ADN para probar el vínculo paternal o las mediciones sobre huellas dactilares para probar la participación de un agente en un hecho punible), sin perjuicio que en el proceso de agregación del medio de prueba al proceso éste deba ser depurado para su acertada calificación por el juez (así, en el mismo caso de la prueba de ADN deberá estar acompañada de un informe pericial).

Es por ello que preferimos referirnos a estos medios como: todos aquellos que, sin estar en el catálogo del Código de Procedimiento Civil, sirven para formar convicción en el juez que conoce de la causa. Se propone esta definición por su amplitud y por su carácter instrumental que recoge tanto las funciones representativa de un hecho, atestiguando distintas situaciones, como también la función creadora del mismo; es esta última función – como medio de prueba apreciativo - la que más dificultades y tensiones trae a los sistemas procesales civiles, así los medios de prueba representativos son funcionales a un hecho, dan sólo cuenta de su existencia, pueden ser intercambiados por otros medios de la misma naturaleza que podrán probar el mismo hecho con igual



efectividad; en cambio, los medios probatorios que crean una apreciación distinta de la realidad sólo funcionarán en conjunto con el hecho que están apreciando, formándose entre ellos una unidad indivisible, de tal forma que sin el medio de prueba específico el hecho no puede ser apreciado por el juez de ninguna forma.

Para nuestro análisis dividiremos estos medios en: medios de prueba por fijación de datos, cualquiera que sea la manifestación y tipo de dispositivos de almacenamiento, enfocándonos en la fijación en dispositivos digitales, ópticos y virtuales; medios de captación, almacenamiento, tratamiento y transmisión de datos cualquiera sea la forma y tecnología que empleen; y sistemas de captación y tratamiento de rasgos biométricos cualquiera sea la forma de éstos o el método que utilicen.

## **2. Dispositivos de almacenamiento de datos a través de métodos**

### **ópticos:**

Los dispositivos de almacenamiento ópticos o discos ópticos son aquellos que permiten el almacenamiento digital de datos. Esto se realiza a través de los procesos de codificación, guardado y almacenamiento por medio de surcos realizados por un láser sobre las caras que lo componen. Actualmente, los sistemas de discos más utilizados son: los CD o discos compactos con capacidad de 700 megabytes de datos u 80 minutos de audio, los DVD o disco versátil digital con capacidad para 4,7 gigabytes en su modalidad de capa

simple y 8,5 gigabytes en su modalidad de doble capa, y los discos Blu-ray con capacidad de 25 gigabytes por capa.

Según se verá en el siguiente capítulo, este tipo de medios deben ser homologados a los instrumentos, puesto que comparten sus elementos esenciales: “...*toda representación material destinada a reproducir una manifestación del pensamiento*”,<sup>8</sup> considerando que “*suministran una representación permanente y relativamente segura de los hechos...*”<sup>9</sup> ya que los discos ópticos se someten a un sistema de escrituración por láser que contiene la codificación que serán, en definitiva, los datos que el disco porte. Adicionalmente, por sus características, los discos son incluso más durables que los archivos que se encuentren en soporte material, subidos en la Internet e incluso, bajo ciertas circunstancias, más durables que los dispositivos de almacenamiento virtual.<sup>10</sup>

Siguiendo la distinción enunciada entre medios representativos y medios apreciativos, otorgaremos a los medios de almacenamiento óptico el carácter

---

<sup>8</sup> MATURANA, Cristián. *Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario Conteniendo la Teoría General de la Prueba*. Apuntes. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. p. 412. En este sentido: Corte de Santiago. 17.08.2009. [en línea] <http://www.legalpublishing.cl> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2012].

<sup>9</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires. Zavalia. 1970. t. II.

<sup>10</sup> Mientras que bajo usos normales y condiciones ambientales favorables la vida útil de un CD/DVD es de nueve años si tiene datos grabados en él (datos entregados por la Digital Content Association of Japan), un disco duro de calidad promedio durará 20.000 horas, esto es 2 años a uso de 24 horas y 3 años a uso de 10 horas. REYERO, Noe. *La Vida de un CD y un DVD es corta*. [en línea] Archiveros Red Social. 7 de marzo de 2011. <<http://www.archiveros.info/profiles/blogs/la-vida-de-un-cd-y-de-un-dvd>> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016] y ROSSO, Raúl. *¿Cuál es la Vida Media de un Disco Duro? Averigua Cuánto Lleva el Tuyo Funcionando*. [en línea] Uptodown. 11 de febrero de 2014. <<http://blog.uptodown.com/cual-es-la-vida-media-de-un-disco-duro-averigua-las-horas-que-lleva-el-tuyo-funcionando/>> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016].

de un medio representativo; de esta forma, el juez, al momento de examinar el medio de prueba dará importancia al contenido del disco, siendo relevante para la actividad probatoria que contenga la representación de un hecho o cosa.<sup>11</sup>

En todo caso, la naturaleza jurídica de los archivos que contenga un disco será tal según su propia naturaleza, es decir, sobre un archivo de texto, un video o una fotografía se someterá a las normas sobre los instrumentos, pero si es un video o un archivo de audio grabado por una parte dando declaraciones sobre los hechos del juicio podría considerarse una confesión extrajudicial.<sup>12</sup>

Como podemos ver, en este caso sí importa realizar la distinción entre documentos e instrumentos; según la doctrina, instrumentos y documentos tienen una relación de género y especie, los primeros engloban toda forma de fijación de un hecho – tal como la fotografía, el video, la fijación de audio mediante cintas o encriptación de un disco, etc. – y los segundos son el “*objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento o acto humano*”;<sup>13</sup> En consecuencia, desde la aparición de estos nuevos métodos para la fijación de los hechos, ya no sólo por la palabra escrita, sino también por medio de imágenes fijas o en movimiento, y la fijación del audio, la distinción entre instrumentos y documentos es jurídicamente relevante.

---

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ, Luis. *Ob. Cit.* p. 131-132.

<sup>12</sup> PAILLAS, Enrique. *Estudios de Derecho Probatorio*. 2ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 132. Aunque el autor cita el caso del audio grabado en un *casette* el ejemplo también puede ser extrapolado a cualquier otra forma de soporte que permita identificar fehacientemente que quién entrega la declaración en juicio es la parte contra quien se hacen valer.

<sup>13</sup> BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzálo y PALOMO, Diego. *Proceso Civil, el Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Santiago. Legal Publishing Chile. 2013. p. 242.

### **3. Dispositivos de almacenamiento de datos en soporte virtual:**

Los documentos en soporte virtual son aquellos que, estando digitalizados, son almacenados para su uso posterior en medios tecnológicos que permiten su sistematización, almacenamiento y seguridad en dispositivos que no utilicen su encriptación o fijación una forma de alteración física. Los medios tecnológicos de soporte virtual más conocidos y de uso probatorio común son las bases de datos, los discos duros, las memorias USB y las tarjetas de memoria.

La base de datos es un conjunto de datos en formato electrónico, ordenados de acuerdo a un contexto determinado para su uso posterior; estos datos son analizados y manejados por sistemas gestores de bases de datos (SGBD) que permiten acceder luego a la base de forma rápida. La ley de propiedad intelectual, 17.336<sup>14</sup> se refiere a las bases de datos como “compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma” (Art. 2 N° 17). Cuando lo compilado responde al concepto de datos personales, aplicará lo dispuesto en la ley 19.628<sup>15</sup>, sobre Protección de la Vida Privada, que en su artículo 2°, letra m), dispone que registro o banco de datos es el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos.

---

<sup>14</sup> Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Diario Oficial. Santiago. 2 de octubre de 1970.

<sup>15</sup> Ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada. Diario Oficial. Santiago. 21 de julio de 2000.

En consecuencia, son características esenciales de las bases de datos la capacidad de almacenamiento de un volumen de información, cualquiera sea la forma que ésta tome, y la forma de tratamiento y recuperación de tal información. Ahora bien, la capacidad de almacenamiento de datos en una base de datos depende de las capacidades de almacenamiento y procesamiento del sistema a través del cual se los trata.

Otro ejemplo de dispositivo de almacenamiento digital son los discos duros, definidos como sistemas de almacenamientos de datos digitales a través de grabación magnética; el almacenamiento material es de carácter no volátil, lo que permite que los datos no se pierdan cuando el disco no recibe energía. Lo que diferencia a los discos duros de los de almacenamiento óptico es que, si bien en ambos el almacenamiento es de carácter no volátil, en los discos duros éste no se hace a través de la encriptación a través de laser que marca de forma permanente el disco, sino que son recuperados a través la rotación de discos metálicos leídos por un cabezal. Estos datos son percibidos por el usuario a través del computador, el cual se comunica con el disco duro por el controlador del disco, un conjunto de circuitos que organizan el proceso de lectura/escritura del disco duro. La capacidad del disco duro no es estándar como ocurre con los CD y los DVD, cuya capacidad es compartida por todos los elementos de su clase, sino que depende del fabricante llegando, comúnmente para un uso corriente desde 500 gigabytes a 6 terabytes.

Las tarjetas de memoria y las memorias USB o pendrives, son dispositivos de almacenamiento no volátil generalmente de carácter portátil. El procedimiento de almacenamiento en las memorias *flash* es a través de impulsos eléctricos en celdas de memoria que permite el almacenamiento y el borrado de los datos en ese bloque, lo que las hace mucho más eficientes que los discos que borran bloques enteros de información en vez de bytes solos; sin embargo, el proceso de almacenamiento también hace que cada memoria tenga un número determinado de veces en que una celda puede ser escrita o borrada, variando entre 10.000 y 1.000.000 de veces según el fabricante y el voltaje necesario para su uso. La capacidad de almacenamiento también es variable según las características de la tarjeta o la memoria, pero pueden ser de hasta 512 gigabytes.

Los medios de prueba antes mencionados comparten la característica de ser medios representativos, y por tanto vale respecto de ellos lo dicho sobre los dispositivos de almacenamiento ópticos.

Diferenciando su carácter de medio de prueba formal y funcional, es necesario hacer ciertas precisiones sobre las bases de datos, ya que éstas pueden ser analizadas desde dos puntos de vista: primero como un conjunto sistematizado de datos a los cuales se puede acceder a través de la base de datos misma, o bien, como un dato en sí mismo que da cuenta de un hecho propio contenido en ella; tomemos el siguiente ejemplo para graficar la afirmación anterior: la base

de datos de DICOM contiene en sí misma la información y registro comercial de las personas que en ella aparecen; de esta forma - respecto de la información de los usuarios - la base de datos tiene la misma naturaleza que un disco; sin embargo, la actividad probatoria también puede recaer en la base misma al momento de saber, por ejemplo, si una persona está o no incluida en tal o cual registro; si éste es el caso, entonces la base de datos se transformará en el instrumento mismo de la prueba.<sup>16</sup>

#### **4. Usos Probatorios de los instrumentos formales:**

Por las características del ordenamiento chileno, los instrumentos son los medios de prueba más utilizados por los litigantes a la hora de cumplir con la carga de establecer los hechos objeto del litigio, en especial por la seguridad relativa que estos ofrecen a la fijación en el tiempo de un hecho, declaración o circunstancia y porque también es menos corruptible en relación a otros medios de prueba.<sup>17</sup>

Sin perjuicio de ello, en el caso que la ley califique de una manera determinada al contenido de un soporte electrónico, como sucede tratándose del software, películas, compilaciones o bases de datos, contenidos multimedia, habrá de estarse al encuadre que haya dado el legislador. En los demás casos los

---

<sup>16</sup> ECS. 7.8.2012. En esta sentencia la Excm. Corte Suprema se refiere al uso de las bases de datos como medios de prueba en sí mismas. ECS, 19.5.2010. Sin embargo, en este caso, la prueba del litigio recae sobre la información contenida en la base de datos por violación a la Ley N° 19.628. Ambas [en línea] <http://www.legalpublishing.cl> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2012].

<sup>17</sup> CASARINO, Mario. *Ob. Cit.* p. 59.

someteremos a la categoría formal de instrumentos. Asimismo, debemos considerar que para que tengan el carácter de instrumento público habrá de atenderse a lo dispuesto en la ley 19799, en cuanto a que además de haber sido suscrito por el competente funcionario, con las solemnidades legales, deberá haber sido suscrito con Firma Electrónica Avanzada (FEA).

Es así como en cada caso el tribunal deberá analizar estas circunstancias para encuadrar el contenido de un soporte y para asignarle un determinado valor probatorio.

Otra dificultad a la que se verá enfrentado el tribunal es la necesidad de determinación y protección de la integridad del contenido de los soportes electrónicos<sup>18</sup> Es decir, que los archivos contenidos en él no hayan sido alterados a conveniencia de la parte que los presenta. Para ello la misma existencia y usabilidad del soporte no es capaz de sortear esta dificultad, debiendo ser sometidos a procesos de certificación de autenticidad mediante peritajes, ya sea para la determinación de que son verídicos, en el sentido que no han sido creados de forma fraudulenta tanto para las partes como para los fines del proceso o de su integridad, es decir, que no han sido alterados en la etapa posterior a su creación, cuando haya dudas al respecto<sup>19</sup>. En todo casi la

---

<sup>18</sup> En este sentido, la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha definido la falta de integridad como: *“Que la falta de integridad importa en estricto rigor que el instrumento no sea completo.”* Corte de Santiago. 27.7.2010. [en línea] <<http://corte.pjud.cl/SITCORTEPORWEB/>> [consulta: 15 de octubre de 2016].

<sup>19</sup> Este tipo de problemas relacionados con la integridad o autenticidad de los documentos electrónicos, o de los dispositivos de almacenamiento, como también de las sanciones procesales, civiles o penales



parte que los presenta podrá certificarlos con firma electrónica en conformidad a la ley 19799<sup>20</sup>. En este caso si el documento ha sido firmado con firma electrónica avanzada, tendrá valor de plena prueba, dando cuenta de su autenticidad e integridad y si se ha suscrito con firma electrónica simple, se registrá por las reglas generales de los instrumentos privados.

##### **5. Medios de captación, almacenamiento y transmisión de datos:**

En general componen esta clasificación todos los dispositivos con la capacidad de captar información de cualquier clase y almacenarla pudiendo transmitirla a otro terminal remoto que tiene la capacidad de adquirir y tratar dicha información, tales como teléfonos móviles, consolas de videojuegos, *drones*, computadores conectados, entre otros.

En todos estos casos, la información captada se descompone en fracciones llamados “paquetes de datos” para luego ser enviado a otra terminal de la red en que los datos son decodificadas y accesibles para el usuario. Se diferencian de los documentos en soporte virtual pues requieren una transferencia constante de paquetes para su apreciación por el juez o las partes. Es el caso de las videoconferencias en tiempo real, declaraciones remotas apoyadas con

---

asociadas a esto no es objeto de esta memoria y sólo se aproxima como uno de los problemas probatorios de estos modernos medios de prueba.

<sup>20</sup> Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma. Diario Oficial. Santiago. 12 de abril de 2002.

tecnologías, etc. Entre las dificultades de las videoconferencias,<sup>21</sup> conversaciones a través de correos electrónicos o sistemas de chat, videos, imágenes y textos de una página web está su volatilidad.

Considerando las características de estos sistemas, en caso de ser utilizados como prueba no podrán ser considerados como documentos (menos como instrumentos) ya que para ser tales requieren fijarse y que su fijeza no dependa de la voluntad de las partes o de las personas que están a su cuidado. De esta forma, tanto las videoconferencias como las llamadas telefónicas a través de plataformas como *Skype*, *Facebook* o *Line*, y sistemas semejantes podrán ser consideradas como pruebas de testigos o una confesión de acuerdo a las circunstancias procesales de los sujetos que participen en ellas.

Consecuentemente estos medios de prueba necesariamente tendrán el carácter de apreciativos. Sin embargo, la apreciación probatoria que se haga de archivos en Internet se realizará a través de una inspección personal del tribunal para efectos de su agregación al proceso.

Respecto de las transmisiones tanto de audio como de audio y video, sus usos probatorios se amplían para el proceso civil, cuando su apreciación es a través de Internet u otros medios tecnológicos. De tal manera, que es teóricamente válido plantear la declaración de testigos que se encuentren fuera del área jurisdiccional del tribunal a través de medios tecnológicos cuando este tipo de

---

<sup>21</sup> El desarrollo de éste medio de prueba en particular no será desarrollado en esa memoria, puesto que es objeto de otra memoria en el contexto del mismo taller dirigido por la profesora Lorena Donoso.

declaración pueda dar certeza sobre la calidad de la información que entregue el perito, testigo o la parte, cuidando los derechos fundamentales de los intervinientes; de esta forma, es posible evadir – sin perjuicio a la ritualidad del proceso – los engorrosos trámites que implican la declaración presencial de quien presta la declaración, por ejemplo, como ordena el actual artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, debiendo hacerse en una audiencia presencial según el artículo 359 del citado Código.<sup>22</sup>

Tratándose de los contenidos de Internet, su carácter volátil dificulta que sea considerado un instrumento propiamente tal. Por ello normalmente en su uso probatorio se incorpora al proceso a través de la inspección personal del tribunal. Ahora bien, una misma página de Internet que el juez inspeccione puede contener una enorme cantidad de contenido multimedia y por tanto entraña una gran labor del Tribunal a la hora de inspeccionarlo, siendo factible que de su análisis surja un gran contenido informativo desde el punto de vista de la convicción del Tribunal.

---

<sup>22</sup> Pese a que la declaración de terceros en el proceso debe hacerse – según el Código de Procedimiento Civil – ante la presencia del juez que conoce de la causa, lo cierto es que prácticamente no existen casos en que así sea, recayendo la actuación procesal en el receptor judicial. Esta crítica al principio de inmediación ilusoria del Código de Procedimiento Civil será abordada más adelante en esta memoria.

## 6. Sistemas de captación y tratamiento de rasgos biométricos:<sup>23</sup>

La biometría está definida por la Real Academia Española de la Lengua como “*el estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos*”,<sup>24</sup> sin embargo, esta escueta definición no agrega nada útil a los fines probatorios de la biometría en el mundo moderno. Así, más preciso nos parece agregar que tales técnicas son aplicadas sobre los rasgos biológicos de una persona con el fin de verificar su identidad o cualquier otro rasgo biométrico de carácter transitorio o permanente a través de la captación de dicho rasgo y su tratamiento por un sistema determinado con anterioridad.

Las tecnologías de mediciones biométricas pueden ser clasificadas en razón del rasgo biológico que busquen autenticar, así estarán las mediciones fisiológicas (prueba de ADN, o análisis sobre la huella digital o el iris, identificación a través de morfología facial, etc.) y las de comportamiento (reconocimiento de voz, firma, modo de caminar, etc.), siendo las técnicas sobre la huella digital y el iris las más utilizadas por ser poco invasivas sobre el sujeto medido.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> **Sobre el uso de técnicas biométricas en distintas áreas del mercado y su definición en particular no se ahondará en este trabajo, toda vez que es materia de estudio de la memorista Constanza Saavedra en el contexto del taller de memoria dirigido por la profesora Lorena Donoso.**

<sup>24</sup> Real Academia Española. Biometría. En: *Diccionario de la Lengua Española*. [en línea] España. 23ª Edición. <<http://dle.rae.es/?id=5ZEB2lz>> [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2016].

<sup>25</sup> INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN. [en línea] Estudio sobre las Tecnologías Biométricas Aplicadas a la Seguridad. España. 2011. pp. 5-6. <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/65877225F2975B3F05257E6E006A2C3D/\\$FILE/EstudioSobreTecnolog%C3%ADasBiom%C3%A9tricasASeguridad.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/65877225F2975B3F05257E6E006A2C3D/$FILE/EstudioSobreTecnolog%C3%ADasBiom%C3%A9tricasASeguridad.pdf)> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016].

Los medios biométricos tendrán un marcado carácter apreciativo, puesto que se basan en la concordancia entre la parametrización de un cierto rasgo biológico y la muestra obtenida de un sujeto determinado. En su aplicación probatoria estaremos ante un informe pericial, ya que, en los términos del art. 411 N°1 del Código de Procedimiento civil, se trata de hechos para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de alguna ciencia o arte. Lo que constará en el proceso será el informe del perito que, conforme a sus conocimientos sistematiza y expone la comparación aplicada entre el rasgo biológico actual plasmado en la muestra con la que se tiene en el banco de datos que permite la autenticación.

Atendidas las características de los sistemas biométricos su uso probatorio estará ligado a la determinación de la identidad de una persona mediante la comparación de una muestra con los rasgos de la persona que es objeto del juicio, ya sea para determinar su participación en un hecho, el cumplimiento de una obligación, etc.

Por ejemplo, en las pruebas de ADN utilizadas en el marco de las acciones de filiación: la comparación del ADN mitocondrial se utilizará para la determinación de la filiación de maternidad (puesto que este tipo de ADN pasa sin recombinación de la madre al hijo) y la comparación de las secuencias de ADN para la determinación de la filiación paterna.

Otro caso es el uso de la biometría para determinar el acceso a ciertos lugares o prestaciones; por ejemplo, el uso de huellas biométricas sobre los usuarios para determinar que quien accede a una locación es la misma persona a que se ha autorizado el acceso,<sup>26</sup> o el uso de autenticación biométrica (ya sea de voz, iris o huella dactilar por mencionar algunos) para la firma de un contrato o el acceso a una prestación. Es el caso del contrato de salud en Chile a través de las ISAPRES o recientemente en el rubro bancario. En estos casos los usos probatorios dirán relación con la prueba en juicios declarativos sobre responsabilidad contractual – ya sea civil o mercantil – o extracontractual, por ejemplo, acreditar la existencia de un contrato de adhesión cuando una de las partes lo haya hecho por medio de su huella digital o a través de la autenticación de su voz, o la presencia de la víctima o del agente en el lugar del daño, etc.

---

<sup>26</sup> UTTER, David. Biometrics Comes to Disney World. [en línea] Security Pro News. 1 de septiembre de 2006. <<http://www.securitypronews.com/news/securitynews/spn-45-20060901BiometricsComesToDisneyWorld.html>> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

## **CAPÍTULO SEGUNDO: EL TRATAMIENTO DE LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO ACTUAL**

Realizada la descripción de los medios de prueba tecnológicos que usaremos como muestra representativa a la hora de verificar la idoneidad de las normas vigentes y las propuestas en el proyecto de reforma procesal civil, en este capítulo se analizará las normas pertinentes del sistema civil, compuesto básicamente por el Código Civil, el Código de Comercio y las normas especiales en materia sustantiva y el Código de Procedimiento Civil y la normativa relativa a los procedimientos reformados<sup>27</sup> como normativa adjetiva o procesal.

Atendido el objeto de esta investigación, sin desconocer la importancia de las normas antes citadas, nos centraremos en el análisis del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil y procesal Penal, como normas supletorias en esta materia.

### **1. Los Modernos Medios de Prueba en el sistema Civil nacional:**

El Código Civil regula la prueba en el Título XXI del Libro IV denominado “De la prueba de las obligaciones”. Entre los temas que aborda destacan la definición de los medios de prueba, delimita sus usos probatorios, atribuye valor

---

<sup>27</sup> Básicamente la Ley N° 19.968 y normativa complementaria, sobre procedimientos de familia, Ley N°20.087 y sus normas complementarias, sobre reforma procesal laboral

probatorio, asigna la carga de la prueba al menos en términos generales. Esta normativa es complementada con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y Código Procesal Penal.

#### 1.1. Principios Probatorios en el Código de Procedimiento Civil:

##### 1.1.1. El principio dispositivo

Este principio se refiere a la forma en que se le da impulso al proceso, entregándole a las partes el deber de mantenerlo en movimiento para llevarlo a su conclusión óptima: la sentencia. En materia procesal civil este principio toma un matiz que resulta fundamental pues: “[E]s la proyección sobre el campo procesal de la autonomía de la voluntad en los límites señalados por la ley”.<sup>28</sup>

Este principio liberal representa el sustrato basal de todo el sistema civil. De él no sólo se derivan las normas relativas a los contratos sino también todo el sistema de responsabilidad civil.<sup>29</sup> Consistentemente, el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 10 recoge el principio general de la pasividad de los tribunales chilenos conforme al cual sólo podrán conocer asuntos de oficio cuando la ley los faculte para ello.

En materia probatoria el principio dispositivo se traduce en dos aspectos sustanciales: sólo las partes pueden realizar alegaciones de hecho y en segundo lugar, solo las partes están llamadas a aportar prueba, limitando al

---

<sup>28</sup> CABRERA, Daniel. *Los Principios del Procedimiento en nuestra Legislación Procesal*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 1962. p. 22.

<sup>29</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 37.



juez – en principio – a sólo lo que éstas alegan y pruebas que aportan. La doctrina considera que cuando se presenta esta armonía normativa es que corresponde hablar propiamente de un ordenamiento jurídico<sup>30</sup> en que las respuestas del sistema judicial a los usuarios sean eficientes, puesto que la forma en que se concretizan los derechos subjetivos que busca accionar es conforme con los límites y alcances de la ley sustantiva aplicada. En este sentido se entiende que la actividad probatoria de las partes, tanto demandante como demandado, están en búsqueda del mismo fin: que sólo sus pretensiones, alegaciones y pruebas en que las sustentan sean referidas en la sentencia pronunciada por el tribunal. En esto se traduce la competencia específica del tribunal y si el tribunal se extralimita comete *ultra petita*.

Sin embargo, en materia probatoria el principio dispositivo no es absoluto. En efecto, el procedimiento reconoce el principio de oficio o impulso del tribunal al entregar al juez la facultad de fijar los puntos de prueba sobre las alegaciones de hecho que han realizado las partes en la etapa de discusión del juicio, éstos puntos constriñen la actividad probatoria de las partes y sólo podrán aportar los medios de prueba que sean pertinentes y sustanciales en relación a los hechos fijados por el tribunal,<sup>31</sup> en segundo lugar, el juez también cuenta con una

---

<sup>30</sup> Definido por el profesor Agustín Squella Narducci como “*el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado.*” SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2007. p. 313.

<sup>31</sup> Sin embargo, la fijación judicial de los puntos de prueba es posible discutir que sea una prerrogativa exclusivamente judicial, toda vez que así como es cierto que sólo el juez fija los puntos sobre los cuáles ha de recaer la prueba –ya que son fijados a través de una resolución judicial- éstos sólo pueden recaer

prerrogativa exclusiva para agregar medios de prueba al proceso, éstas son las medidas para mejor resolver del artículo 159 del Código en comento, que establece ciertas diligencias probatorias que el tribunal puede ordenar que se agreguen a los autos; algunas de ellas incluso igualan al juez a las partes en su capacidad probatoria, estas son: 1° la agregación *de cualquier documento* – esté éste en poder de una de las partes o de un tercero – que estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes, 2° la confesión judicial de una de las partes sobre hechos que considere de importancia para la resolución del juicio y que no hayan sido probados 3° la inspección personal del objeto de la cuestión, 4° el informe de peritos y 6° la presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Sólo la medida para mejor resolver referentes la declaración de testigos aparece limitada por la ley a testigos que previamente hubiesen declarado para aclarar o explicar sus dichos oscuros.

#### 1.1.2. Principio de mediación

Dado el carácter principalmente escrito de nuestro sistema procesal, la regla general es que los medios de prueba no estén en contacto con el juez; en efecto, en materia civil el único medio de prueba inmediato de nuestro ordenamiento es la inspección personal del tribunal, cuya agregación al proceso se hará mediante un acta levantada al efecto en la diligencia de inspección, los

---

para probar los hechos controvertidos por las partes (que además sean pertinentes y sustanciales). Por lo tanto, aún así la competencia probatoria del juez está sometida a las partes.

demás medios serán mediatos.<sup>32</sup> En todo caso, para los efectos de la prueba confesional y la testimonial este principio es de especial relevancia, pues sólo con el contacto directo entre el juez y el medio de prueba (la persona), le permitirá realizar un interrogatorio conforme a las necesidades de convicción asociadas a la resolución del conflicto. Las dudas del testigo deberán producir la misma duda en la ocurrencia del hecho, o el lenguaje corporal en el confesor deberá reafirmar o no la convicción del juez.<sup>33</sup> Esto que aparece tan evidente en la práctica no sucede porque el propio artículo 390 del Código Orgánico de Tribunales posibilita que sea un receptor judicial quien tome las declaraciones de los testigos y de quién es llamado a absolver posiciones; en definitiva, el juez accederá a los testimonios a través de la lectura del acta levantada por el receptor sin entrar en contacto con los declarantes.

Tratándose de los modernos medios de prueba esta realidad es insostenible ya que por la naturaleza mutable y prácticamente inmaterial de éstos es necesario el contacto directo del juez con el hecho a probar; la forma en que se relacionan los datos de una base de datos, el contenido de una página de internet o su *script*, incluso la *metadata* de los documentos electrónicos debieran ser apreciados por el juez al momento de agregarse a los autos, pues en caso contrario, el único contacto se produciría a través de un informe de peritos, siendo éste el único medio probatorio que tendría aplicación.

---

<sup>32</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián. *Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario Conteniendo la Teoría General de la Prueba*. Óp. Cit. p. 405.

<sup>33</sup> CABRERA, Daniel. Óp. Cit. p. 30.

### 1.1.3. Principio de la adquisición

Dado que los actos procesales son indiferentes a la parte que los presenta, éstos pueden tanto beneficiar como perjudicar a la parte que los realiza en el proceso. La actividad probatoria no es ajena a este principio. Por eso se sostiene que “todo lo que se diga en un escrito implica confesión” y conforme al tenor literal del artículo 402 del Código de Procedimiento, no se aceptará prueba alguna contra los hechos personales confesados en juicio. Lo mismo sucede en la declaración de los testigos, que serán considerados como testigos contrarios a la parte que los presenta según el artículo 384, N° 6 del mismo cuerpo legal si los hechos que declaran les perjudican.

Los modernos medios de prueba siguen el mismo principio, pues los registros de ediciones de páginas *web* o el uso de una base de datos puede ser prueba tanto a favor como en contra de la parte que las presente, resaltando el carácter mutable de esta información, dando por resultado que son actos jurídicos vivos, lo que habrá de ser considerado por las partes al momento de aportarlos al proceso y por el juez al momento de apreciarlos.

### 1.1.4. Principio de la prueba legal

En nuestro sistema procesal civil actual los medios de prueba son señalados de manera taxativa en la legislación (art. 341 del Código de Procedimiento Civil), sin que sea lícito al juez o a las partes la agregación al proceso de medios de prueba distintos de los allí contemplados; tal es la aplicación de éste principio

que se ha considerado como causal del recurso de casación en el fondo – por infracción sustancial de ley que incide en lo dispositivo del fallo, en los términos del art. 676 CPC- en caso que se admitan otros medios probatorios.<sup>34</sup>

Más aún, la ley exige determinados medios de prueba para ciertos actos o circunstancias, por ejemplo, el artículo 1708 del Código Civil niega la posibilidad de probar mediante testigos los actos que deban constar en un instrumento<sup>35</sup>; otro ejemplo es la nulidad de las escrituras públicas, en que el artículo 429 del CPC prevé una prueba testimonial de características muy exigentes.

Este es el limbo principal en el cual se encuentran los modernos medios de prueba, El tratamiento actual es simple entonces, al menos desde el punto de vista del principio: nuevas formas de probar por las partes – o incluso el juez – no son admisibles, y si aun así quisieren hacerlo, entonces deberán acomodar el medio de prueba al más parecido entre los existentes; así, un CD-ROM, una página web, los correos electrónicos, etc. será presentado como un instrumento *per se*, las bases de datos deberán ser tratadas simplemente como un conjunto de datos, las pruebas biométricas deberán ser sometidas al examen pericial aun cuando no sea necesario, etc.

---

<sup>34</sup> En este sentido ECS. 6.7.2016. [en línea] <[http://app.vlex.com/#CL.basico/search/jurisdiction:CL+content\\_type:2+aplica\\_ley:238913798%3A341+source:2127/medios+de+prueba+en+el+proceso+civil/vid/644718933](http://app.vlex.com/#CL.basico/search/jurisdiction:CL+content_type:2+aplica_ley:238913798%3A341+source:2127/medios+de+prueba+en+el+proceso+civil/vid/644718933)> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2016].

<sup>35</sup> De acuerdo al Art. 1709 inciso primero deberán constar por escrito los actos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias mensuales

El valor de los medios de prueba está sometido al mismo principio y por ende está determinado por ley, salvo el caso del peritaje que somete su valoración y apreciación probatoria a las reglas de la sana crítica. Incluso, en el caso de los testigos, el legislador establece la forma en que el juez haya de comparar el testimonio de unos y otros (art. 384 C.P.C.).

Concluyendo, entre las debilidades de nuestro sistema legal destacan que los modernos medios de prueba quedan constreñidos al agregarse al proceso al deber homologarse a los existentes. Asimismo, el principio dispositivo ampliamente recogido en nuestra legislación procesal, si bien guarda armonía con la legislación sustantiva puede enlazarse adecuadamente con la construcción dogmática de la libertad probatoria que moderniza nuestra legislación. Así, si las partes son las principales interesadas en la resolución del proceso, otorgándoles plenas libertades en distintas etapas del proceso, entonces la libertad probatoria debe surgir como una manifestación más de dicho principio.

#### 1.2. Los modernos medios de prueba en la legislación positiva del Código

Al referirnos al principio de prueba legal o tasada señalamos que los medios de prueba válidos en nuestro sistema procesal civil están taxativamente señalados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, tal lista no es la única forma de control que tiene el Código sobre los medios de prueba que se agregan al proceso.

Es evidente que la lista del artículo 341 no contienen los modernos medios de prueba; no podía ser de otra manera porque el legislador de 1902 malamente pudo haber imaginado la evolución tecnológica que le sobrevino, no pudiendo jamás anticiparse al intercambio masivo de datos de internet, o que los sonidos o imágenes pudiesen fijarse en cintas magnetofónicas y luego paquetes virtuales leídos por laser, o “bajados” desde una “nube” virtual por procesos inalámbricos.

Ahora bien, lo que resulta más inentendible es que ninguna de todas las modificaciones que luego ha tenido el Código de Procedimiento Civil haya abordado de manera sistemática la insuficiencia y obsolescencia de las normas sobre la prueba en juicio.

En efecto, la única modificación legislativa que ha introducido uno de los modernos medios de prueba es la Ley N° 20.217 del año 2007, que agrega el art. 348 bis en que introduce el instrumento electrónico a nuestra legislación procesal y establece el trámite de audiencia de percepción documental para efectos de la agregación del instrumento electrónico al proceso;<sup>36</sup> los restantes modernos medios de prueba sólo podrán agregarse mediante su homologación al medio de prueba tradicional que más se les asemeje;<sup>37</sup> sin embargo, la homologación presenta un problema ideológico fundamental en el mundo

---

<sup>36</sup> Esta audiencia de percepción documental es establecida precisamente para resguardar la calidad digital del instrumento electrónico; así, en el caso que el objeto probatorio fuese una fotografía o un documento y éste fuese impreso, su agregación al proceso sería según las reglas generales distinguiendo si el documento es un instrumento público o privado.

<sup>37</sup> CASARINO, Mario. *Óp. Cit.* pp. 47-48.

moderno: como proceso supone que toda nueva tecnología que sea posible utilizar como medio de prueba es sólo una mejora de los existentes, tal posición ha demostrado ser falsa, puesto que es imposible un análisis prospectivo tan acabado sobre el avance tecnológico, tal como ha demostrado el propio artículo 341 CPC. En consecuencia, si un medio de prueba no puede ser homologado a alguno de los existentes deberá ser declarado como inadmisibile por el juez, obligando a la parte a buscar medios alternativos – pero ineficaces – para sustentar su pretensión; por ejemplo, las páginas de internet no pueden ser homologadas a los instrumentos, es por eso que los abogados recurren a las capturas de pantalla para fijar el contenido de la página en una fotografía la que sí es un instrumento, pero el medio de prueba inmediato se perdió y será de muy difícil o imposible reproducción o recuperación.

Una vez homologado el moderno medio de prueba a alguno de los existentes en nuestra legislación se le hará aplicable toda la regulación probatoria, como las oportunidades procesales estrictas de presentación. En este sentido, los instrumentos – incluidos aquellos cuya presentación se realiza según el artículo 348bis. – son los medios de prueba que gozan de mayor libertad para su presentación, pues según el artículo 347 del Código de Procedimiento, éstos podrán presentarse en cualquier estado del juicio, e incluso antes de iniciado el juicio como medida prejudicial probatoria (art. 273 n°3 y n°4 C.P.C.) o conjuntamente con la demanda (art. 255 C.P.C.), y hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y en segunda instancia hasta antes de



la vista de la causa; la misma oportunidad tendrán los dispositivos de almacenamiento óptico y virtual y las bases de datos al homologarse – impropriamente según lo señalado – a los instrumentos.

El resto de los modernos medios de prueba (medios de prueba por captura y transmisión de datos y por tratamiento de rasgos biométricos) podrán agregarse, como regla general, en el término probatorio común. Sin perjuicio de ello, si el medio probatorio por transferencia de datos es de aquellos que permiten una fijeza relativa en el tiempo (internet o *clouds* virtuales), el tribunal podrá ordenar la inspección personal del tribunal – y un peritaje que acredite la integridad o autenticidad de los instrumentos – como medida prejudicial (art. 281 C.P.C.) por tratarse éstos de hechos que pueden desaparecer fácilmente. Las mediciones de rasgos biométricos, por sus especiales características, serán agregadas al proceso a través de un peritaje al efecto, decretándose como medida prejudicial en la medida que si no se realiza exista peligro de grave perjuicio o se realice sobre un hecho de fácil desaparición. En este último caso, es difícil imaginar rasgos biométricos que puedan desaparecer como medio de prueba; quizás el ejemplo más obvio son las huellas dactilares en superficies, ya que su integridad depende en gran medida de las medidas de protección sobre éstas; conjuntamente con ellas, están las mediciones que miden patrones de la persona (mediciones grafológicas, la velocidad y forma de escribir en un teclado, la forma de caminar, etc.) que pueden alterarse por el sujeto estudiado y sometido al peritaje judicial; consideramos que en estos casos se configura la

hipótesis del artículo 281 ya citado para decretar la agregación del peritaje sobre estos rasgos como medida prejudicial.

Ahora bien, el valor probatorio de los modernos medios de prueba está dado por el valor asignado por la ley al medio de prueba al que se homologaron. En los casos que el medio de prueba sea un instrumento su valor probatorio dependerá si éste es público o privado, sometiéndose a la regulación del Código Civil; no obstante, en los casos que la calidad de instrumento sea formal, como en el caso de los dispositivos de almacenamiento ópticos o virtual la calidad de instrumento público se someterá a la regla del artículo 1699 del Código Civil; las bases de datos también serán públicas o privadas en la medida que cumplan con el mismo requisito, por ejemplo, la base de datos que lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación en virtud de la Ley N° 19.628. Los medios de prueba por transferencia de datos, agregados al proceso mediante la inspección personal del tribunal tendrán en valor de plena prueba en cuanto a las circunstancias de hecho que el juez haya podido apreciar y que consten en el acta levantada al efecto (art. 408 C.P.C.); y por último, las mediciones sobre rasgos biométricos se agregará a través de un informe de peritos que será apreciado según las reglas de la sana crítica (art. 425 C.P.C.).

Por último, en la regulación actual de los testigos no existe norma alguna que permita su declaración a distancia a través de medios electrónicos de testigos o de parte, pese a que es una posibilidad en otros ordenamientos procesales, en

sede civil no existe la posibilidad de declaración a través de video conferencia. Por lo tanto, el testigo fuera del territorio jurisdiccional del tribunal que conoce de la causa siempre habrá de declarar ante un tribunal previo exhorto, ya sea nacional o internacional, sin importar los perjuicios que esto pueda traer a las partes litigantes y los costos asociados a ello.

La prueba en segunda instancia también merece un párrafo aparte en nuestro estudio legislativo. El artículo 207 del Código de Procedimiento Civil señala – de buenas a primeras – la regla general sobre la posibilidad de incorporar nueva proba al proceso a efecto que el tribunal de alzada se pronuncie sobre los hechos: fuera de los casos excepcionales que establece el mismo artículo no será admisible prueba alguna en segunda instancia; es inentendible que, siendo ésta, según la definición entregada por la Real Academia Española: “*Cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia*”,<sup>38</sup> el Código de Procedimiento simplemente no admita prueba – en principio – ante el tribunal de alzada. Los casos de excepción son los instrumentos (tanto en soporte material como electrónico), la confesión judicial, las medidas para mejor resolver (art. 159 C.P.C.), y la prueba testimonial reducida a su más mínima expresión al poder referirse sólo a hechos que no figuren en la prueba rendida

---

<sup>38</sup> Real Academia Española. Instancia. En: *Diccionario de la Lengua Española*. [en línea] España. 23ª Edición. <<http://dle.rae.es/?id=LmbD1T2>> [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2016].

en autos, que éstos no haya sido posible ser rendidos en primera instancia, y que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para el fallo de la causa, abriendo un término especial de prueba al efecto.

Sin embargo, es posible argumentar contra la decisión del legislador de 1902 al restringir la prueba en segunda instancia. Según el artículo 186 del Código de Procedimiento establece que el recurso de apelación es dado a las partes para que el tribunal superior enmiende conforme a Derecho la resolución del tribunal inferior; por lo tanto, desde su propio objeto, el recurso de apelación no tendría por fin la incorporación de nueva prueba al proceso, sino sólo la reconsideración de los hechos – conforme a Derecho – para efectos de la dictación de una sentencia que elimine el agravio que una resolución produce a el o los recurrentes, por lo tanto, el recurso de apelación tal como está solo permite el pronunciamiento del tribunal de alzada sobre el hecho y su correcta aplicación en el Derecho. Este argumento se ve reforzado por la escasez de trámites probatorios posibles de realizar ante el tribunal de segunda instancia ya señalados..

A modo de conclusión, nuestro Código de Procedimiento Civil es inexcusablemente anacrónico en materia probatoria, incluso para efectos de la agregación de los instrumentos electrónicos. Éstos son los únicos modernos medios de prueba reconocidos por dicho cuerpo legal, pero son sólo la punta

del *iceberg* en la forma que las nuevas tecnologías nos permiten fijar o apreciar circunstancias de hecho. Más aún, refuerza la hipótesis de que prácticamente la única oportunidad que tienen las partes de acompañar la prueba al proceso es en primera instancia, pues el sistema recursivo hace ilusoria la idea de una segunda instancia completa.

Esta situación es gravísima, dado el vacío legal sobre los modernos medios de prueba – salvo el caso de los instrumentos electrónicos – éstos requieren de una jurisprudencia robusta que se pronuncie sobre su naturaleza, interpretación y limitaciones.

### 1.3. Los modernos medios de prueba en la jurisprudencia actual

Si nuestra legislación procesal civil es preocupantemente exigua en el tratamiento de los modernos medios de prueba entonces la jurisprudencia debe necesariamente tomar la tarea pendiente y modernizar nuestra legislación positiva a través de fallos que marquen y acojan las pruebas modernas a través de reinterpretaciones a las normas positivas, dándole a éstas dinamismo y posibilidad de adaptación a los desafíos modernos.

Sin embargo, la jurisprudencia no se ha pronunciado con suficiente profundidad sobre los modernos medios de prueba, menos aún en los procesos civiles. Así, son pocas las sentencias que van más allá de referirse a los hechos para hacerse cargo del medio probatorio que los contiene.

Respecto de los instrumentos, , la jurisprudencia no ha sentido la necesidad de pronunciarse sobre el soporte en que se contiene el hecho probado,<sup>39</sup> por tanto, al no reconocer la naturaleza de medio de prueba formal deja abierta la duda sobre la integridad del instrumento contenido en el soporte; por ejemplo, en la sentencia recién citada se acompaña al proceso un disco compacto en que se grabó un video, la Corte de Apelaciones de Santiago sólo se refiere a las imágenes contenidas en el video, más no a la integridad de la grabación misma que sólo puede afirmarse a través del análisis al disco compacto. Por tanto, el juzgador debió analizar primero el disco para comprobar la integridad de los archivos en él contenidos, para luego analizar los archivos. Esta actividad diferenciada es lo que realizó la Corte de Apelaciones de San Miguel al conocer de un caso de falsificación de discos compactos relevantes como infracción a la Ley de Propiedad Intelectual,<sup>40</sup> desestimando la acción porque el examen pericial sobre los discos incautados determinó que éstos eran falsos, pero jamás se acreditó el contenido de los discos – y mucho menos si su contenido audiovisual sería protegido por la Ley N° 17.336. –, el análisis que realiza el tribunal de alzada debiera ser un paradigma jurisprudencial al analizar distintas formas de soporte no materiales. La jurisprudencia ha reconocido tímidamente el carácter dual de los discos compactos, pero no se ha pronunciado respecto de formas de almacenamiento virtual, en especial los *pendrives*.

---

<sup>39</sup> Corte de Santiago. 15.7.2011. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ28539](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ28539)> [consulta: 10 enero 2015].

<sup>40</sup> Corte de San Miguel. 18.5.2009. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ20158](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ20158)> [consulta: 10 enero 2015].

En cuanto a las bases de datos, la jurisprudencia, generalmente a través del recurso de protección, se ha pronunciado sobre éstas como una totalidad en su carácter de almacenadora de datos, pero no en las otras tareas que cumple, como la ordenación de los datos o la recuperación de los mismos.<sup>41</sup>

Por otro lado, el análisis probatorio de Internet es prácticamente nulo, la jurisprudencia se ha conformado parcamente con impresiones de capturas de pantalla para dar por acreditado el contenido de las páginas *web*.<sup>42</sup> El problema que plantea esta tendencia es que las capturas de pantalla (o *screenshoots*) no dan fe de que el medio de prueba más eficaz y directo – la página *web* – efectivamente se reproduce en la imagen capturada, por lo tanto, actúa como una fotografía, pero sin los resguardos de realidad que la fotografía típica nos otorga.<sup>43</sup> Este error queda aún más patente en la sentencia de fecha 7 de mayo de 2014 de la Excelentísima Corte Suprema, en el contexto de un juicio de divorcio por culpa, basado en la homosexualidad del marido, se acompañaron a los autos capturas de pantalla de conversaciones supuestamente mantenidas por éste con un usuario aparentemente de género masculino a través de una plataforma de *chat* en línea; la Corte comparte el juicio de los jueces de fondo, otorgando a tales capturas de pantalla valor probatorio de plena prueba, y

---

<sup>41</sup> Corte de Santiago. 31.1.2011 [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_26299](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_26299)> [consulta: 10 enero 2015].

<sup>42</sup> 3° Juzg. Civ. de Santiago. 5.12.2012. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ33826](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33826)> [consulta: 10 enero 2015].

<sup>43</sup> Así, mientras una fotografía clásica revelada a través de una película fotográfica es de difícil adulteración y muy fácil detección de ésta, una fotografía digital puede ser autenticada a través de la *metadata* de la misma y las huellas digitales de intervención. En cambio, una captura de pantalla no cuenta con tales formas de control.

finalmente, dando lugar a la causal probada a través de prueba indiciaria. Ahora bien, existen numerosas interfaces con el usuario que no permiten la recuperación posterior de dicha interacción, entre ellas, las plataformas *chat* que generalmente funcionan en base a plataformas *java*; en este caso, la prueba debe haber sido desestimada, por no dar los resguardos mínimos de integridad o veracidad de su contenido. Lo mismo es generalmente aplicable a toda prueba basada en Internet.

Otro error jurisprudencial respecto del uso de Internet – que debería satisfacer las necesidades de una sociedad democrática – se aprecia en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 17 de marzo de 2014, sobre la forma en que idealmente se realiza un procedimiento médico la Corte consulta dos instituciones médicas, para luego señalar que dicha información “...*puede obtenerse a través de Internet*” la cita es del todo insuficiente, toda vez que ni siquiera da a los destinatarios de la sentencia una página de referencia que contenga dicha información, ni mucho menos la fecha de consulta de dichas páginas. Ya hemos repetido a lo largo de éste trabajo que la información contenida en Internet es **esencialmente móvil**, dependiendo el contenido de una página *web* de proveedor del contenido, por tanto, señalar la institución sin



nada más es un error que la jurisprudencia no puede cometer para basar sus decisiones.<sup>44</sup>

En lo que sí la jurisprudencia ha reconocido sus limitaciones técnicas ha sido al momento de agregar al proceso mediciones biológicas, en las que las pruebas periciales han sido fundamentales para el reconocimiento del aspecto biológico, como huellas dactilares y ADN.<sup>45</sup>

Esta especie de goteo jurisprudencial sobre los modernos medios de prueba es sólo porque hemos abierto el abanico a ramas del Derecho distinta a la estrictamente civil. Sin embargo, nuestros tribunales superiores de justicia han intentado salir al paso de las limitaciones impuestas por nuestro atrasado ordenamiento jurídico. Sin embargo, el avance es débil y evidencia que nuestros jueces están poco preparados para afrontar cambios tecnológicos, este síntoma no es sólo de nuestros jueces, sino de nuestra cultura jurídica en general; las decisiones sobre los modernos medios de prueba son erradas no sólo por jueces que no saben cómo manejar dichas tecnologías, sino también por usuarios del sistema que carecen de dichos conocimientos.

---

<sup>44</sup> Corte de Valparaíso. 17.3.2014. Considerando 8°. [en línea] <[http://app.vlex.com/#WW/search/content\\_type:2+date:2014-03-17+jurisdiction:CL+source:1991\\_005/internet/by\\_date/WW/vid/567309922](http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2+date:2014-03-17+jurisdiction:CL+source:1991_005/internet/by_date/WW/vid/567309922)> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016].

<sup>45</sup> En este sentido: ECS. 26.8.2008. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ18098](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ18098)> [consulta: 10 enero 2015]; Corte de Arica. 28.6.2011 [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ28318](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ28318)> [consulta: 10 enero 2015]; y Corte de Chillán. 8.3.2013. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ34661](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34661)> [consulta: 10 enero 2015].

La creación de una cultura jurídica que sea capaz de adaptarse a estos cambios es un deber que abraza a todas las áreas de formación del Derecho, más allá incluso de la aplicación de tal o cual Código de carácter procesal.

Esto cierra el análisis de nuestro panorama actual, a modo de conclusión, podrá señalarse que el Código de Procedimiento Civil tiene una base filosófica civil que puede satisfacer las necesidades que las partes tienen del sistema; esta característica se diluye en el texto positivo del Código, anacrónico en los avances sociales y anquilosado en sus iniciativas de cambio; si a lo anterior agregamos que los aplicadores del Código – ya sean los usuarios y los tribunales – no son capaces de enfrentarse a los modernos medios de prueba, pronunciándose sobre elementos parcelados que terminan por desvirtuar su naturaleza probatoria.

## **2. Legislación probatoria comparada**

Terminado el tratamiento de nuestro sistema probatorio actual es necesaria una mirada hacia los sistemas procesales extranjeros, dado que es imposible pretender que las normas jurídicas chilenas sean una isla en el concierto internacional que avanza hacia la normalización de los sistemas, de tal modo que por un lado el proceso de globalización nos empuja necesariamente a interactuar con otros modelos legales, y por otro lado Chile debe aprender de la experiencia comparada para la resolución de los desafíos que traen aparejados

los modernos medios de prueba, y en especial, el tratamiento que hacen de ellos tales sistemas legales.

Es por ello que la selección de Códigos y leyes escogidos para dar un panorama de legislación probatoria es por ser ellos especialmente relevantes para nuestro país; así, iniciamos con la República Argentina por ser nuestro vecino más cercano y comparte raíces comunes; luego la República Francesa por ser base y directriz de nuestro sistema legal continental y precursora del proceso de codificación en Chile; España es nuestro norte legal más común, incluso para el Código de Procedimiento Civil, tanto por la recepción y aplicación del Derecho Indiano, incluso en los primeros años de la República y hasta iniciado el proceso de codificación, como por servir de fuente en numerosas leyes posteriores que han utilizado la experiencia española como un buen parámetro para la realidad chilena..

Por último se ha seleccionado el sistema procesal inglés por ser un buen ejemplo del Commonwealth y marca a través de sus *Rules* la evolución de su sistema a través de los siglos; además, el proceso inglés nos da un buen parámetro para ilustrar formas en las que un sistema moderno puede excluir juicios y evitar el atochamiento de los tribunales, sin embargo, parece compartir nuestros mismos principios civiles, además de legislación probatoria que rompe con nuestro esquema clásico de pasividad judicial.

## 2.1. Sistema Procesal Civil de la República Argentina.

La República Argentina tiene su regulación procesal civil en la Ley N°17.454 o Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>46</sup> vigente desde el 18 de Agosto de 1981. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema federal de carácter constitucional de la Confederación Argentina permite a las provincias establecer sus propios Códigos de Procedimiento.

El sistema utilizado por el Código Argentino es de un sistema de libertad probatoria, pues regula algunos medios de prueba expresamente pero incluye una cláusula abierta para la incorporación de medios de prueba que no estén contemplados por la ley pero que el juez pueda ordenar, ya sea de oficio o a petición de parte siempre que no afecten a la moral, la libertad personal de las partes o terceros y no hayan sido prohibidos por la ley para su aplicación al caso (art. 378 C.P.N.).

En este sentido, el Código Procesal Nacional regula los medios de prueba en particular en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo quinto, regulando los siguientes: los documentos (sección segunda), informes y expedientes (sección tercera),<sup>47</sup> la confesión (sección cuarta), la prueba testimonial (sección quinta), prueba pericial (sección sexta) y el reconocimiento judicial (sección séptima).<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> En adelante, indistintamente Código Argentino o Código Procesal Argentino.

<sup>47</sup> Documentos que obren en poder del Estado, escribanos con registro y entidades privadas.

<sup>48</sup> Equivalente a la "Inspección personal del tribunal" para el Código de Procedimiento Civil chileno.

La ley también contempla expresamente la forma en que los medios probatorios que la ley no contempla se han de agregar al proceso disponiendo el inciso segundo del art. 378 dice que los medios de prueba no previstos en el Código se agregarán al proceso mediante analogía a las disposiciones que le sean aplicables por su naturaleza; además, si la ley no dispone la forma de agregación al proceso, o el medio de prueba alegado no puede asimilarse a ningún otro que la ley contemple el juez podrá dictar la forma de agregarse.

Las resoluciones que el juez dicte en ejercicio de la facultad del art. 378 inciso segundo serán inapelables por disposición del art. 379 C.P.N.;<sup>49</sup> en definitiva, el Código Argentino contempla una cláusula abierta que permite la agregación al proceso de los modernos medios de prueba según la forma que dicte la ley o el propio juez en subsidio.

No obstante, el primer contacto que el juez tomará con la prueba en el proceso se da en los escritos de demanda, reconvención y de contestación de éstas, pues las partes tienen el deber legal de acompañar la prueba documental y las demás pruebas de las cuales pretendan hacerse valer en el proceso para demostrar su pretensión (art. 333 C.P.N.); el Código Argentino realiza nuevamente una acertada denominación, las partes deberán ofrecer la prueba de forma delimitada y no a través de la invocación abstracta de un medio de

---

<sup>49</sup> El art. 379 del Código Argentino contempla el recurso de apelación sólo en el evento que el juez hubiese denegado alguna diligencia probatoria y el recurrente solicite su práctica al tribunal *ad quem* al conocer del recurso interpuesto. En definitiva, la naturaleza jurídica de los modernos medios de prueba, aún aquellos que sea posible analogarlos a un medio de prueba legal, está entregada sólo a los jueces de primera instancia.

prueba en particular (sin perjuicio que ambas fórmulas no son excluyentes entre sí) toda vez que, en el caso de que se ofreciere un moderno medio de prueba, la delimitación del “medio de prueba” ofrecido quedará para la labor del juez y no de las partes. Lo anterior permite un acabado conocimiento de la prueba de la contraria, que posibilita tanto el principio contradictorio sobre ésta – en la etapa procesal respectiva – como el control de la calidad de la información.

En el caso de la prueba testimonial y pericial las partes deberán además señalar los hechos que deseen probar a través de tales medios, requisito que no se señala en la ley para el resto de los medios de prueba (art. 333, inc. 3° C.P.N.). En el caso que los documentos alegados por las partes en sus respectivos escritos obren en poder de una entidad privada y hayan sido oportunamente ofrecidos, el inciso segundo del artículo 333 les da el derecho a pedir su remisión al proceso o su copia autentica sin necesidad de una autorización judicial y sólo mediante oficio que contenga la transcripción del citado artículo;<sup>50</sup> no se admitirán nuevos documentos por parte del demandante sino en los casos que sean documentos posteriores a la presentación de la demanda o anteriores bajo juramento o afirmación de no haber conocido de ellos (art. 335 C.P.N.), el demandado podrá refutar su autenticidad según el artículo 356, inciso primero del mismo Código.

---

<sup>50</sup> Interesante resulta el hecho de que el oficio requiera la transcripción de todo el artículo 333 en vez de sólo el segundo inciso que es el que otorga la facultad causa del oficio solicitante del documento.

Una vez contestada la demanda o la reconvencción, o vencidos los plazos para hacerlos; si existieren hechos controvertidos entre las partes y sustanciales para la resolución del conflicto en autos, el juez de oficio abrirá la causa a prueba y citará a las partes a una audiencia que se celebrará con las solemnidades y propósitos del artículo 360 del Código Argentino, esta audiencia será presidida por el juez indelegablemente y deberá llamar a las partes a conciliación (art. 360, n°1), resolverá la eventual oposición de una de las partes a abrir la causa a prueba (art. 360, n°2), fijará los puntos de prueba (art. 360, n°3) y proveerá la prueba que considere admisibles y que las partes hayan ofrecido oportunamente (art. 360, n°5), sobre la prueba testimonial fijará la audiencia para recibirla en forma concentrada con las solemnidades que da la ley y, en la misma audiencia recibirá la prueba confesional (art. 360, n°4). Además, podrá resolver si no es necesaria la prueba cuando la causa pueda ser resuelta sólo con antecedentes de Derecho, mismo efecto sucederá si las partes manifestaren no tener prueba para producir o que ya ha sido producida y agregada (art. 362 C.P.N.).

Por otro lado, sobre el término probatorio, éste será fijado por el juez en forma prudencial pero no podrá exceder el plazo de cuarenta días (art. 367 C.P.N.); tampoco podrá suspenderse (art. 375 C.P.N.) sino en los casos de fuerza mayor declarada judicialmente y por acuerdo de partes resguardando los

requisitos legales;<sup>51</sup> las partes podrán, en todo caso, abreviar el término probatorio libremente mediante la expresión escrita de esta voluntad ante el juez (art. 157 C.P.N.).

En relación a la carga de la prueba, el Código Argentino contempla una regla general más amplia que la del art. 1698 del Código Civil chileno: “incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer”, agrega la segunda parte del inciso primero que cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de la norma jurídica en la que funde su pretensión (art. 377 C.P.N.). Es decir, salvo excepción legal, la carga de la prueba es fija y no podrá alterarse ni por la voluntad de las partes ni por decisión judicial; esto no es más que la manifestación del principio de igualdad de parte que es base fundadora y fundamental del ordenamiento civil.

En definitiva, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación avanza en puntos débiles que mantiene el Código de Procedimiento chileno sin llevarlos al extremo del Proyecto de Código Procesal Civil: incorpora una norma de clausura a los medios de prueba clásicos que permite al juez agregar al proceso los modernos medios de prueba según homologación de éstos a uno clásico o incorporándolo de la mejor forma en que el juez considere que el medio de prueba pueda, para los fines del proceso, maximizar los usos que la parte

---

<sup>51</sup> Los abogados patrocinantes, por expresa disposición de la ley, no podrán acordar una suspensión del litigio por más de veinte días, salvo que acrediten ante el juez la conformidad de sus patrocinados.



considere adecuados para probar su pretensión; por último, la carga fija de la prueba mantiene la igualdad de partes en el sistema civil; sin embargo, es errada la mantención de un término probatorio, pues la forma más eficiente para la adecuada incorporación de los medios de prueba al proceso es a través de su reproducción en naturaleza la que debe hacerse en una audiencia.

## 2.2. Derecho Procesal Civil de la República Francesa.

El sistema procesal civil en materia probatoria de la República de Francia es un sistema dual en el cuál los medios de prueba están expresamente señalados dentro de la ordenación del *Code Civil*, como partes de la legislación sustantiva, dejando enteramente la regulación procesal en el *Code de Procédure Civile*, con la mención aparte de los medios de investigación que están en el *Code de Procédure*.

El sistema procesal civil francés tiene su origen en el Código de Procedimiento napoleónico dictado en 1806, modificado en sucesivas ocasiones hasta que en 2007 se deroga definitivamente ese Código para dar paso al actual *Nouveau Code de Procédure Civile* por la Ley N° 2007-1787 relativa a la simplificación del Derecho.

El *Code de Procédure* inicia mencionando los principios que han de regular todos los procesos civiles de Francia, destacando la sección tercera que regula los hechos del proceso; en relación a quién corresponde alegar los hechos el artículo 6 dice que en apoyo a sus pretensiones las partes tienen la carga de

alegar los hechos que las fundan, el juez, en cambio, está sujeto a la limitación del artículo 7 según el cual la decisión jurisdiccional no puede estar fundada sobre hechos que las partes no han alegado, sin embargo dentro del debate el juez podrá tener en consideración los hechos que las partes no han invocado como sostenes de sus pretensiones (art. 7, inc. 2° CPCF).<sup>52 53</sup>

El artículo 1° introduce el principio dispositivo como principio general, diciendo que sólo las partes podrán iniciar el procedimiento, salvo que la ley disponga lo contrario, y ellas tendrán la completa libertad de ponerle fin antes de que se termine por el efecto de Cosa Juzgada o en virtud de la ley, sin embargo, al conducir el proceso tienen la carga de darle curso en la forma y plazos que la ley señale (art. 2 CPCF); es decir, las partes tienen la completa libertad sobre las etapas del proceso, ellas dan el impulso procesal, pero tal impulso está sometido a la forma en que la ley brinda para rendir las actuaciones del proceso, además la ley entrega al juez la facultad de velar por el buen desarrollo del juicio impartiendo las medidas pertinentes (art. 3° CPCF). El procedimiento francés, al menos en lo que respecta al principio dispositivo, no cambia mucho de nuestro Código de Procedimiento.

---

<sup>52</sup> Sin perjuicio de que los artículos 6° y 7° hacen suponer que el sistema francés da preferencia al principio dispositivo, ya que el juicio se circunscribe a los hechos que las partes han alegado (sea fundantes de su demanda o que han alegado en juicio), luego veremos que la forma de probar los hechos en juicio hace decrecer este primer atisbo.

<sup>53</sup> Art. 6 A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.  
Art. 7 Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat; Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.

En Francia la carga de la prueba es fija, tal como ocurre en nuestro Derecho interno el *Code Civil* da una regla general que luego es ampliada por el *Code de Procédure*, el art. 1315 del Code Civil ordena a quién reclame el cumplimiento de una obligación el deber de probarla, a la inversa, quién quiera exonerarse de ello deberá probar el modo de extinguir la obligación, el *Code de Procédure* reitera en su art. 9 que le incumbe a cada parte probar, en conformidad a la ley, los hechos necesarios para el éxito de su pretensión.<sup>54</sup> El *Code* no permite excepción alguna a éste principio general, ni aún si el juez considerara que la carga de la prueba está asignada injustamente, situación que sólo podrá aminorar dictando los medios de investigación necesarios para dictar sentencia, siempre y cuando se acomode con la prohibición del art. 146 del *Code de Procédure* que revisaremos más adelante. Este sistema fijo, como ya hemos adelantado, no hace más que reconocer, dentro del ámbito procesal la presunción de igualdad que hace el sistema civil respecto de las partes; así, las partes se miran como iguales al momento de someter su conflicto a la decisión judicial, sin que pueda el juez alterar tal presunción.<sup>55</sup>

La forma en que el art. 9 está redactado nos lleva a otra cuestión diferenciadora del derecho procesal civil francés: un sistema de prueba legal. Este sistema

---

<sup>54</sup> Art. 1315 CCF Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit le prouver; Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Art. 9 CPCF Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

<sup>55</sup> Esta regla podrá ser alterada por otra ley según las reglas generales, sin embargo, un sistema procesal civil cerrado debe hacerse cargo exitosamente de la presunción de igualdad que la legislación civil sustantiva reconoce en las partes.

nace del tenor literal de los artículos 9° y 10°, las partes deberán probar sus pretensiones en conformidad a la ley como el juez sólo podrá decretar los medios de investigación que la ley permite. Resulta contradictorio que un sistema que respeta un principio básico del proceso civil como la igualdad de parte no respete también otro principio básico como la autonomía de la voluntad para fijar y probar los hechos en litigio como mejor resulte a sus intereses, la única innovación respecto de nuestro sistema legal es que el *Code Civil* acepta expresamente la igualdad de soporte entre los documentos con soporte virtual como en soporte material (art. 13166 CCF) sometiéndose a sus mismas reglas para efectos de ser presentado en juicio y su valor probatorio.<sup>56</sup>

La ley establece el objeto de la actividad probatoria durante el juicio (art. 143) con un artículo prácticamente homólogo a nuestro artículo 318, dice que los hechos de los cuales depende la solución del litigio pueden ser objeto de todos los medios de instrucción legalmente admisible; norma que es muy útil para abrir la sección que trata los medios de instrucción, pero no aporta mucho sobre la realidad del sistema francés. Sin embargo, pese a ser un sistema de prueba legal tasada, la forma de aportación de la prueba es mucho más libre, pudiendo llevarse a cabo en cualquier estado del juicio (art. 144) contemplándose formas de recepción anticipada de la prueba (art.145).

---

<sup>56</sup> En Chile esta equivalencia está sometida a la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Además, el art. 348 bis. Que regula la presentación en juicio del documento electrónico.

El *Code* precisa en el artículo 146 el límite a los medios de instrucción decretados por el juez: su poder para ordenar medios de instrucción de los cuales depende la solución del litigio, está limitada legalmente por la capacidad – o incapacidad – de las partes para aportar la prueba necesaria.<sup>57</sup> Así, la actividad probatoria del juez queda inmediatamente supeditada a la actividad probatoria de las partes, manteniéndose una correspondencia con el principio dispositivo que rige el sistema procesal francés, pero morigerándose al requerirse prueba sobre hechos necesarios para resolver el litigio. El juez tiene otras facultades y limitaciones de menor importancia, por ejemplo, podrá unir la práctica de varios medios de instrucción, y al ordenarlos deberá tener en consideración aquél que sea suficiente para la solución del litigio siendo el más simple y el menos oneroso.

Los medios de instrucción franceses se parecen mucho más a nuestras medidas para mejor resolver del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil a que el juez lleve a cabo una actividad probatoria en igualdad con las partes. Por ejemplo, la regla general es que los *mesures d'instruction* son decretados sin audiencia de la parte contraria (art. 150), pero la resolución que los ordene podrá ser recurrida ante los tribunales superiores, o tomar la forma de una anotación en el expediente si dicha resolución no puede ser recurrida.

---

<sup>57</sup> Art. 146 Une mesure d'instruction ne peut pas être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.  
En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.

Así planteados la pregunta que queda de manifiesto es: ¿por qué el Proyecto Código Procesal Civil no contiene una cláusula restrictiva como sí la tiene el Código francés? Es posible esbozar una respuesta: el proyecto de Código Procesal chileno contiene una cláusula tan abierta por la idea de los redactores que el proceso sirve a un fin público del cual las partes solo son partícipes circunstanciales, y como tales, pueden ser suplidos por el juez sin miramientos en pos de la protección al fin público contemplado en el Proyecto.

Continuando, los medios de instrucción serán ejecutados por el juez que los ordene, y si el tribunal es colegiado, la práctica corresponderá al juez que lleve la instrucción, o en su defecto al presidente del órgano jurisdiccional. Podrán llevarlos a cabo también otros tribunales, cuando la lejanía u onerosidad de las personas que deban concurrir o el medio de instrucción a practicar lo hiciere aconsejable.

Para finalizar, los medios de instrucción legalmente admisibles son: el reconocimiento personal del juez (art. 179), homólogo a nuestra inspección personal del tribunal; la interrogación personal de las partes (art. 184), al respecto de éste medio de instrucción corresponde un par de consideraciones, en primer lugar, la interrogación podrá hacerse no solo con la presencia de la contraparte (a menos que esto sea desaconsejable), sino también con la presencia de peritos e incluso careos con testigos, en segundo lugar, a diferencia de nuestra confesión judicial como medio probatorio, las

declaraciones o evasivas de la parte llamada a declarar no podrán tener la consecuencia jurídica de tenérsele por confeso, pero el juez podrá considerar las declaraciones – o la falta de ellas – como un principio de prueba por escrito y extraer cualquier consecuencia jurídica de ellas (art. 198), esto último nos parece de lo más aconsejable, pues permite la concreción del principio de no autoincriminación,<sup>58</sup> morigerando el efecto que tiene para el confesante no responder las preguntas realizadas.

La declaración de terceros (art. 199), tan profusamente regulada como la prueba testimonial en nuestro Código; sin embargo el Código francés contiene una innovación que no está presente en nuestro sistema civil,<sup>59</sup> como sí lo está en nuestro sistema penal: normas especiales para la declaración de un menor en juicio. Si el requerimiento de la gestión es formulada por el menor, el juez sólo podrá negarse por la falta de discernimiento del menor o ser innecesaria, si es requerida por las partes, el juez podrá negarse por ser innecesaria para la marcha del juicio o cuando la práctica del medio de instrucción sea contrario al interés del menor. Además, el *Code de Procédure* cuenta con una serie de normas que buscan informar al menor sobre el requerimiento de declarar, ya

---

<sup>58</sup> En nuestro sistema civil no existe norma que proteja al confesante en relación al principio de no autoincriminación, debiendo éste simplemente negar el hecho, toda vez que si responde con evasivas podrá tenérsele por confeso.

<sup>59</sup> La declaración de un menor de catorce años no tiene valor sino como base para una presunción judicial, sobre esta edad al menor se le somete a las mismas normas establecidas para los declarantes adultos.

sea que lo haga él mismo o por las partes, como así también su derecho de ser acompañado por un abogado o por la persona que el menor decida

Los medios de instrucción ejecutados por un técnico (art. 232), homólogo a nuestra prueba pericial; en el sistema francés, la actividad del perito no se reduce a emitir simplemente un informe (art. 263), sino también podrá conciliar a las partes (art. 240), responder a la solicitud del juez realizando la constatación de hechos desde su perspectiva técnica (art. 249), o responder consultas del tribunal que no requieran una actividad compleja (art. 256), estas otras hipótesis amplían el abanico de actividad del peritaje en comparación a nuestro ordenamiento.

Por otro lado, los instrumentos en el *Code de Procédure* deben ser acompañados por las partes con comunicación expresa a la contraparte (art. 132), las formas de comunicación serán fijadas por el juez de la causa, incluso excluyendo los documentos que no han sido comunicados, y al contrario, la contraparte podrá ser compelida bajo multa a devolver los documentos comunicados. Las partes también podrán solicitar la exhibición de un documento que se encuentra en poder de un tercero (art. 138), así como también podrán exigir a la contraparte la exhibición de un documento (art. 142). Para cerrar el tratamiento de los instrumentos, el *Code de Procédure* regula las formas de impugnación de los instrumentos a través de los incidentes de cotejo



de letras (art. 287), la falsedad (art. 299) y la inscripción de falsedad en contra de los instrumentos auténticos.

El *Code Civil* regula el valor probatorio de los medios de prueba, de forma prácticamente análoga a nuestro Código Civil: los instrumentos auténticos hacen plena prueba entre las partes (art. 1319), lo mismo respecto del instrumento privado reconocido (art. 1322) – y en consecuencia, también respecto de los documentos electrónicos –, y para los terceros hará fe de su fecha desde que se registran, o uno de los comparecientes muere, etc. (art. 1328); la confesión de las partes hará plena fe en contra de ella (art. 1356); las presunciones judiciales también deben ser graves, precisas y concordantes (art. 1353). Respecto de los testigos el *Code Civil* incluye una limitación igual al Código nacional respecto de la prueba de los actos que deben constar por escrito también en relación a un monto determinado mediante decreto (art. 1343 en relación al art. 1341). Por último, en relación a los asuntos relativos al Derecho de Familia existe libertad probatoria, por ejemplo, en la prueba de la calidad de heredero (art. 730), o la prueba de alguna causal de divorcio (art. 259).

El sistema francés cuenta con varias semejanzas a nuestro sistema actual, sin embargo, las sucesivas modificaciones como los modernos medios de prueba o la declaración de los menores y los peritos hacen que, pese a la antigüedad del Código, mantenga la vigencia de sus disposiciones sin parecer anticuadas o

fuera de época. Teniendo la experiencia francesa a la vista es legítimo preguntarse si, sin la presión de las reformas en otras áreas del Derecho, se hubiese mantenido el Código de Procedimiento Civil modificándolo en lo pertinente ¿Será acaso que la creación del Código Procesal Civil responde sólo a esta necesidad de que el procedimiento civil pueda tenerse por supletorio de los demás procedimientos especiales? Esta pregunta sólo responde a requerimientos que se le hacen al Código de Procedimiento Civil en su funcionamiento dentro del sistema legal chileno, y escapan a ella otras consideraciones más bien doctrinarias. Sin embargo, la experiencia francesa nos muestra un Código del s. XIX capaz de hacer frente a los juicios del s. XXI.

### 2.3. Sistema Procesal Civil del Reino de España.

El proceso civil español está regulado por la Ley 1/2000 o Código de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las normas autonómicas de cada una de las provincias que integran el Reino de España; a su vez, tal como ocurre con nuestro actual Código de Procedimiento Civil en su artículo 2º, el artículo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se otorga el carácter de supletoria respecto de todos los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares.

Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento reconoce, en sus disposiciones generales, los objetos de protección jurisdiccional (art. 5º L.E.C.), sin embargo, llama la atención a la fórmula que utiliza el citado artículo como norma de clausura, toda vez que no reconoce un derecho a acción general a fin de obtener la tutela

judicial ante un derecho reclamado, sino exige que la acción intentada esté expresamente señalada en la ley, sin perjuicio que el derecho sí esté reconocido.<sup>60</sup>

Pero también las partes tienen la facultad para disponer del objeto del juicio, regulando expresamente las salidas alternativas a la intervención judicial, ya sea de forma unilateral o bilateral (Libro Primero, Capítulo IV). Reconociéndole a las partes la capacidad de disponer del proceso según satisfaga con mayor eficacia sus intereses. Esto último responde a la lógica interna bajo la cual fue redactada la Ley de Enjuiciamiento Civil, poniendo el principio dispositivo en un lugar central del proceso, más aún, al regular las salidas alternativas del procedimiento busca mantener una regulación orgánica de éste.

Junto con lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento está redactada para cumplir el fin de modernizar el proceso civil en comparación a la antigua Ley de Enjuiciamiento que regía desde 1881, se reconoce directamente que el fin de este cambio es acercar “la Justicia al justiciable”,<sup>61</sup> para ello, en la materia que nos convoca, los principios que han de regir el sistema probatorio español están bajo los principios de oralidad, publicidad e inmediatez.

El objeto probatorio también se encuentra expresamente regulado en la Ley de Enjuiciamiento, así, el artículo 281 L.E.C. dice que: “*la prueba tendrá como*

---

<sup>60</sup> De esta forma, entendemos la voz “tutela” según su acepción natural como la dirección, amparo o defensa de una persona (un órgano del Estado en este caso) respecto de otra (el demandante).

<sup>61</sup> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*. Sanción del Rey Juan Carlos I. España. 2001. Sección I de la Exposición de Motivos. p. 2.

*objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda en el proceso*”, pero en su apartado segundo agrega que “*también serán objeto de la prueba la costumbre y el derecho extranjero*”. Es menester realizar ciertas apreciaciones de la costumbre y el derecho extranjero como objetos de la prueba, puesto que es discutible que ambas sean circunstancias equiparables a hechos, pero según la Ley, sobre ambas debe recaer la prueba que alleguen las partes al tribunal.

En primer lugar, la costumbre es mencionada en el artículo primero del Código Civil español como la segunda fuente del ordenamiento jurídico luego de la ley, de esta forma, “la costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada” (art. 1.3 del Código Civil español). En razón de esto, la jurisprudencia aclara por qué la costumbre, pese a ser Derecho, debe parte de la prueba a rendir en juicio. El Tribunal Supremo español sostiene que la costumbre es una prueba que nace y se desarrolla al margen de la ley, pero es de carácter secundaria a ésta, puesto que respecto de la costumbre no existe la máxima de *iura novit curia*, por lo tanto, como el juez no necesariamente lo conoce debe ser probado.<sup>62</sup>

En segundo lugar, en España, el Derecho extranjero ha sido materia de prueba desde la Edad Media, así la Tercera Partida, Título XV, Ley XV regula la prueba

---

<sup>62</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 12 de Marzo de 2002. [en línea] <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2945705&links=costumbre%20prueba&optimize=20031203&publicinterface=true> [fecha de consulta: 1 de Julio de 2013].

que debe recaer sobre la ley de otro territorio. Esto nos permite abordar, aunque tangencialmente la discusión que se da en Derecho Internacional Privado sobre la naturaleza jurídica de la ley extranjera, es decir, si ésta es un hecho de la causa o Derecho; las implicancias son obvias, si es un hecho de la causa, la ley extranjera es materia de prueba, pero si es Derecho entonces no debe ser probado, pues el Derecho no se prueba.<sup>63</sup> Sin embargo, la Ley española se encarga de zanjar el tema, exigiendo que sea materia de prueba en cuanto a su contenido y vigencia (art. 281.2 L.E.C.); pero la jurisprudencia ibérica se ha encargado de aclarar que no porque al Derecho extranjero le sea aplicable la exigencia de ser probado, éste es transformado en un simple hecho, por lo tanto, al no ser un hecho, la ley española autoriza al juez a valerse de cuantos medios de averiguación como estime necesarios para su aplicación (art. 281.2 L.E.C.) toda vez que, tal como la costumbre, los jueces no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero.<sup>64</sup>

Respecto de la oportunidad procesal para presentar la prueba al proceso se establece en tres oportunidades: en los casos de prueba anticipada (art. 293), al momento de la demanda o su contestación (art. 265) y durante la vista pública del artículo 289. En el primer caso, es un derecho de las partes solicitar al

---

<sup>63</sup> RAMÍREZ, Mario. *Curso Básico de Derecho Internacional Privado*. Santiago. Legal Publishing. 2010. pp. 75-76.

<sup>64</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 24 de Junio de 2010. [en línea] <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5678575&links=%22derecho%20extranjero%22&optimize=20100729&publicinterface=true> [fecha de consulta: 1 de Julio de 2013].

tribunal la práctica de una diligencia probatoria aún antes de iniciado el juicio, o durante el curso del mismo, en aquel caso, el tribunal supuestamente competente examinará de oficio esta calidad; en tal caso, se notificará a la persona contra quien se dirigirá la demanda, con al menos cinco días de anticipación, para que esté presente al momento de llevarse a cabo la diligencia (art. 295). La proposición de la prueba se hará conforme a lo establecido en el procedimiento ordinario, y la diligencia probatoria se hará por el Secretario (art. 294). Practicadas las diligencias, la prueba obtenida y los documentos que puedan reflejar fielmente las actuaciones realizadas quedarán bajo la custodia del tribunal (art. 296) y el solicitante deberá presentar su demanda dentro del plazo de veinte días bajo sanción de quedar sin efecto la medida decretada en su favor (art. 297). También se contempla el derecho de solicitar al tribunal medidas de aseguramiento útiles en caso de que alguna conducta humana o circunstancia natural haga imposible practicar alguna diligencia probatoria o resulte inútil proponer (art. 297).

En el segundo caso, la ley procesal española establece, en su artículo 264, ciertos documentos que acrediten la personería de las partes y la cuantía del litigio;<sup>65</sup> Sin embargo, respecto del objeto probatorio en sí mismo lo relevante está en el artículo 265 que exige que, a la demanda y a la contestación, se

---

<sup>65</sup> Art. 264. *Documentos procesales*. Con la demanda, la contestación, o, en su caso, al comparecer a la vista del juicio verbal, habrán de presentarse: 1° El poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue “apud acta”; 2° Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya; 3° Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento.

acompañen documentos relativos al fondo del asunto, ya sea que estos documentos estuviesen en soporte tradicional (art. 265, nº1), o soporte virtual (art. 265, nº2 en relación al art. 299.2), informes de peritos (art. 265, nº4) e informes elaborados por profesionales de la investigación privada (art. 265, nº5), estos documentos servirán como apoyo a las pretensiones que las partes aleguen en juicio o la tutela judicial que requiriesen. De no acompañarse tales documentos en la oportunidad procesal adecuada la sanción para la parte es que no se admitirá su presentación, salvo en los casos de excepción del artículo 270: cuando no se pudiese obtener en la demanda o su contestación (art. 270, nº1), o que la parte justifique no haber conocido su existencia (art. 270, nº2), o cuando no se haya podido obtener por causa no imputable a la parte, siempre que se hubiesen designado el lugar donde se encuentren (art. 270, nº3 en relación al art. 265.2).

Por último, en el período ordinario de prueba las partes han de ofrecer los medios de los que se harán valer, expresándolos con separación y haciendo saber al tribunal la identificación de las personas que han de ser citadas para la práctica de las diligencias (art. 284); estas pruebas serán sometidas a un examen de admisibilidad del tribunal sobre cada uno de los medios propuestos, serán excluidos los medios de prueba que no guarden relación con el objeto del proceso, tampoco aquellos que no contribuyan a esclarecer los hechos controvertidos, ni tampoco se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley (art. 283), o excluirse la prueba ilícita de oficio por el tribunal

(art. 287). Las partes, en todo caso, podrán alegar la ilicitud de la prueba cuando para su obtención se hubiesen vulnerado derechos fundamentales; la parte agraviada deberá hacerlo constar de inmediato y dar conocimiento a las otras partes de ser pertinente (art. 287).

El artículo 289 regula la forma en que se practicarán las diligencias probatorias; así, en general, habrán de practicarse en “vista pública”, de no poder llevarse a cabo en el tribunal entonces las diligencias probatorias serán practicadas con publicidad (art. 289.1). En el caso de que la actividad probatoria recaiga sobre la confesión de parte o la declaración de testigos, o la inspección personal del tribunal, o la reproducción de los medios de prueba del artículo 299.2, y las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los peritajes, será requisito esencial la presencia del juez en la diligencia, dándose así lugar al principio de la inmediación del juez con los medios de prueba que posibilita la certera resolución de los procesos.<sup>66</sup> En el caso de los documentos que no involucren la reproducción de los medios de prueba del artículo 299.2 la presentación se hará frente al Secretario judicial.

Los medios de prueba que la ley española admite en los procedimientos civiles se encuentran en el artículo 299 al que hemos hecho ya una breve alusión respecto de su apartado segundo. El apartado primero inicia con una cláusula taxativa, diciendo que los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio

---

<sup>66</sup> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/200 de Enjuiciamiento Civil*. Sanción del Rey Juan Carlos I. Sección IX de la Exposición de Motivos. p. 11.



son: 1° interrogatorio de partes, 2° documentos públicos, 3° documentos privados, 4° dictamen de peritos, 5° reconocimiento judicial y 6° interrogatorio de testigos. Pero el apartado segundo agrega que *“también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase”*, esta cláusula hace plena referencia a los modernos medios de prueba, aunque sólo de forma parcial, de esta forma, una primera parte los medios que reproducen la palabra, el sonido y la imagen (por ejemplo, un archivo de audio o video) y la segunda parte sobre los medios que permiten el almacenaje y reproducción de *“palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas”* (por ejemplo, las bases de datos, páginas de internet o reproducciones en vivo).

Más aún, es pertinente destacar que el apartado tercero del artículo en comento, permite añadir al proceso cualquier otro medio que permita adquirir certeza sobre los hechos discutidos y relevantes para el proceso. Este apartado deja de lado la cláusula taxativa para dejar al sistema español con una norma de clausura que permite incorporar al proceso cualquier medio, moderno o no, no expresamente señalada en la ley, en la medida de que sea capaz de llevar al juez a adquirir certeza sobre el hecho que pretende probar. Sin embargo, pese a que, en el fondo del asunto, este tipo de cláusula parece ser la más adecuada, la última parte del apartado es algo problemática; el juez, para

incorporar el moderno medio de prueba al proceso, podrá adoptar las medidas que en cada caso resulten necesarias, la pregunta es obvia entonces ¿Necesarias para qué? Las medidas que debe tomar el juez respecto del medio probatorio no expresamente regulado son todas aquellas que tiendan a incorporar la prueba al proceso de tal forma que permita una acertada y acabada apreciación de su naturaleza jurídica para poder ser usada por la parte que intenta hacerla valer, como también para facilitar el ejercicio de la contraria de contra examinar la prueba así presentada. Así descrita resulta clara que dicha fórmula no ordena al juez a homologar el moderno medio de prueba, manteniendo su naturaleza, usos y limitaciones, de la misma manera que establece el Código argentino.

La iniciativa probatoria está a cargo de las partes, así lo dice el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento, sin perjuicio que entrega la iniciativa probatoria al juez sólo cuando así la ley lo establezca. La iniciativa probatoria de parte está basada en el principio dispositivo, que la ley española establece como base para todo su ordenamiento civil y sólo admite la participación de oficio del juez cuando exista un interés público que predomine en el proceso y exija satisfacción.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/200 de Enjuiciamiento Civil*. Sanción del Rey Juan Carlos I. Sección VI de la Exposición de Motivos. p. 5. Más aún, la exposición de motivos del Rey Juan Carlos I agrega que: “no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho”.

En España no hay carga dinámica de la prueba sino en los casos que la Ley de Enjuiciamiento señala u otra norma especial que la modifique. El artículo 217 de la Ley procesal española asigna, en sus apartados 2 y 3, la regla general del ordenamiento civil, señalando que corresponde al demandante y al actor reconvenional la carga de probar los hechos que sirven de fundamento fáctico para la norma que alegan como base para su pretensión (art. 217.2), y corresponde al demandado la prueba sobre los hechos que dan lugar a las normas que enerven, impidan o extingan la eficacia jurídica de los hechos que alegue el demandante. Los únicos casos en que la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la inversión de la carga de la prueba son los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita (art. 217.4)<sup>68</sup> y en los casos en que el demandante alegue discriminación de sexo – género – (art. 217.5).<sup>69</sup> Por último, en su apartado 7, el artículo 217 exige al juez tomar en cuenta, para la aplicación de las normas sobre carga probatoria, la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada parte en litigio, la doctrina española ha señalado sobre esta última parte: *“No es correcto sostener, sin embargo, que la regla introducida en el art. 217.6 LEC propicia la inversión de la carga de la prueba. La aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria no invierte la carga de la prueba en perjuicio de la parte que fácilmente podría*

---

<sup>68</sup> “Corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese”.

<sup>69</sup> “Corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. Sólo como un breve comentario, resulta curioso que la Ley de Enjuiciamiento pida al demandado probar “la ausencia de discriminación”, resultando que pide que se pruebe un hecho negativo, que no es posible de probar.

*llevarla a cabo sino que, sin que se altere la distribución de los hechos a probar, evita que la imposibilidad de acreditar un determinado hecho perjudique a la parte que soporta la carga de su prueba pero no tiene una mayor disponibilidad o facilidad para probarlo.”*<sup>70</sup> Es decir, el criterio establecido en el artículo 217.7 es un criterio de ponderación y facilidad probatoria, mas no una autorización al juez para asignar de otra forma la carga de la prueba.

Es importante destacar, como fin de este acápite, los fines y principios que tiene en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia probatoria, destacando como el principal el principio dispositivo; son las partes las que tienen la carga sobre la prosecución del proceso, y especialmente, en materia probatoria, salvo los casos en que la ley entrega iniciativa al juez.<sup>71</sup> El principio dispositivo no es un principio meramente procesal, sino, como ya hemos destacado, es la traducción de la autonomía de la voluntad civil al proceso judicial que le da forma, y, desde el punto de vista de la ley, es el reconocimiento que hace ésta de que el proceso civil tiene un fin eminentemente privado, siendo la excepción que exista un interés público predominante en él. Esta autonomía de la voluntad se ve reflejada en los medios probatorios que la Ley de Enjuiciamiento permite,

---

<sup>70</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación en la Carga de la Prueba en la LEC, en Particular, la Prueba de la Culpa en los Procesos de Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*. [en línea] InDret. Octubre de 2003. Working Paper N° 165. p. 13. <[http://www.indret.com/pdf/165\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/165_es.pdf)> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016]. La referencia al artículo 217.6 debe entenderse hecha al apartado 7, la nueva numeración fue introducida en la Ley Orgánica 3/2007 de fecha 22 de marzo de 2007.

<sup>71</sup> Por ejemplo, el art. 429.1 LEC permite al juez ordenar a las partes la práctica de diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos, permitiendo al juez orientar la actividad probatoria de las partes en los casos que el juez estime necesarias nuevas diligencias para el esclarecimiento de los hechos.

las partes podrán allegar al proceso todos los medios de fijación de información que estén expresamente señaladas en la ley o no, permitiéndoles una completa libertad al momento de producir la prueba dentro del proceso o anticipándose a los medios probatorios que usarán, sin que para ello la ley resulte un impedimento. Para ello la propia Ley de Enjuiciamiento contiene un sistema de valoración libre de la prueba, aunque limitada en ciertos medios como los instrumentos públicos, en la medida que la valoración de cada prueba sea acorde con los otros medios de prueba disponibles.<sup>72</sup>

De esta forma se entrega al juez la obligación de apreciar los modernos medios de prueba de tal forma que se tome en cuenta su completa naturaleza, pues sólo así podrán cumplir con el fin litigioso que las partes han tenido en cuenta. Es esto lo que hace valioso el sistema español, un sistema que no se limita a homologar los modernos medios de prueba a los que existen tradicionalmente dentro de su legislación, sino da un paso más allá y permite al juez pronunciarse sobre cuál es la mejor forma (o la forma debida, si se quiere) de apreciar los modernos medios de prueba para formar convicción, y en qué medida tal apreciación se una con otros medios probatorios acompañados en el juicio, creando en cada sentencia un bloque de hechos ordenado en forma lógica junto con una adaptación constante a la forma en que nuevas tecnologías son capaces de fijar hechos de relevancia jurídica. Del mismo modo, es

---

<sup>72</sup> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/200 de Enjuiciamiento Civil*. Sanción del Rey Juan Carlos I. Sección XI de la Exposición de Motivos. p. 15.

relevante la mantención del principio de igualdad de partes a través del establecimiento de la carga de la prueba fija, pero sujeto a la disponibilidad probatoria como criterio de ponderación judicial.

#### 2.4. Sistema Procesal Civil de Inglaterra Y Gales.

La norma de base para el análisis del sistema procesal civil en el *common law* será, para los efectos de esta memoria, las *Civil Procedure Rules* vigentes desde 1998, sin perjuicio de sus múltiples modificaciones, aplicadas por la *Supreme Court* de Inglaterra y Gales.

En este caso incluiremos dentro del análisis normativo las potestades de *case management* que tiene el juez inglés, sin perjuicio que el análisis principal está dado por la reacción del sistema judicial incorpora los modernos medios de prueba como un efecto fundamental de las necesidades de las partes.

El principio rector del proceso civil inglés es el *overriding objective* que reconoce que las partes pueden estar en condiciones desiguales y por tanto mandata a la Corte que conozca del caso, siempre que ejercite cualquier poder entregado por las Reglas o interprete cualquiera de ellas (1.2. CPR), a resolverlo de forma justa, garantizando, en la medida de lo posible una posición igualitaria a las partes (1.1 (2). (a). CPR).

Sin embargo luego las normas no entregan herramientas específicas al juez para concretar este mandato, tales como la carga dinámica de la prueba que

prevé el Proyecto de Código Procesal Civil en Chile. Tampoco se advierte alguna norma general (v. gr. La Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores) sino que sólo establece este mandato interpretativo.

Otra situación que se destaca dentro de las *Rules* es la posibilidad del juez de manejar los casos que llegan a su conocimiento, es decir, la ley reconoce expresamente el deber de los jueces ingleses de encausar el proceso para perseguir el *overriding objective*; entre las facultades que tiene el juez para activamente manejar el caso están la pronta decisión sobre qué asuntos necesitarán una investigación a fondo y juicio, disponiendo sumariamente de las otras (1.4 (2). (c) CPR), considerar cuáles serán los posibles beneficios de dictar una diligencia justificando los costos de tomarla (1.4. (2). (h) CPR), dar direcciones para asegurar que el juicio proceda rápida y eficientemente (1.4. (2). (l) CPR). Adicionalmente, destaca el deber del juez de alentar a las partes para una forma alternativa de resolución de conflictos distintas del órgano jurisdiccional si la corte cree que es más apropiada para la solución del asunto y facilitará el uso de tal procedimiento (1.4. (2). (e) CPR).<sup>73</sup> El método alternativo que los jueces ingleses tienen más incentivos para re direccionar un caso es el arbitraje, que se convierte en una vía de escape del sistema civil inglés, permitiendo una descongestión externa distinta del resto de las facultades de

---

<sup>73</sup> Componen en concepto de resolución alternativa de conflictos la descripción colectiva de métodos de resolución de conflictos distintos a la resolución a través del procedimiento de juicio normal. MINISTRY OF JUSTICE. *Civil Procedure Rules, Glossary*. [en línea] <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/glossary>> [consulta: 8 de agosto de 2013].

*case management* de la parte 1.4 que funcionan, principalmente, dentro del proceso.<sup>74</sup>

Adicionalmente, el juez tendrá plenas atribuciones para manejar el procedimiento a aplicar en los casos que conoce. El *small track*, será aplicado en razón de la cuantía del juicio (27.1. (2) CPR) y en tal proceso no se aplicará la *part 31* sobre la prueba, con excepción de la regla que regula el control judicial sobre la evidencia (27.2. (1). (c), (d) y (e) CPR); el *fast track*, en donde el juez fijará los plazos en que cada diligencia haya de cumplirse (28.2. (1) CPR); lo mismo se fijará para el *multi-track*, y además, el juez podrá llamar a una audiencia previa al juicio o una conferencia de *case management* (29.2. (1) CPR).

Es destacable en las facultades de *case management* de los jueces ingleses que ellos fijarán el procedimiento que consideren que es más acorde para cumplir con el *objetivo fundamental* que persiguen las *Rules*. Estos procedimientos no son más que vías de escape internas del sistema que descongestionan las cortes para poder enfocarse en casos que requieren una investigación profunda y un juicio posterior para su acabado conocimiento.

En materia probatoria el sistema inglés distingue entre los documentos (*part 31*) y el resto de los medios de prueba (*parts 32, 33, 34 y 35*) a efectos de su

---

<sup>74</sup> Un posible efecto de la entrada en funcionamiento de la reforma Procesal Civil es que traerá el aumento de los casos que conocerán los tribunales civiles, viéndose éstos impulsados naturalmente a adoptar un sistema análogo que los jueces ingleses y direccionar ciertos casos a métodos alternativos como el arbitraje.



regulación; de tal modo que documento es cualquier cosa en la cual la información de cualquier clase es grabada,<sup>75</sup> la copia de un documento es cualquier medio en el cual la información contenida en el documento es copiada;<sup>76</sup> y la evidencia engloba la prueba testimonial y la prueba de expertos. Desde ya se destaca una diferencia fundamental con el sistema chileno, al no existir la distinción entre documentos e instrumentos el sistema entero se agiliza pues resulta irrelevante el soporte del instrumento que se acompaña al proceso.

La ley inglesa regula primero la revelación de un documento (“*disclose*”) y luego el derecho a inspección que se tiene sobre un documento revelado. Así, la revelación se define como la alegación que hace una parte de que un documento existe o ha existido, en tal caso, la parte contraria tendrá el derecho de inspección sobre el documento salvo excepción legal (31.3.(1).(a), (b), (c) y (2) CPR), por ejemplo, si la revelación del documento es desproporcionada en relación al problema del caso o la parte no está en posesión del documento.

El procedimiento de revelación de los documentos (o sus copias) está normado en la ley; debiendo cada parte presentar a la otra una lista de documentos relevantes al caso (31.10. (2) CPR), tal lista debe contener necesariamente la alegación de revelación (31.10. (5) en relación a la *rule* 31.2.), y la identificación detallada del documento. Luego, el derecho de inspección podrá ser ejercido

---

<sup>75</sup> 31.4 “*document*” means anything in which information of any description is recorded.

<sup>76</sup> 31.4 “*copy*”, in relations to a document, means anything onto which information recorded in the document has been copied, by whatever means and whether directly or indirectly.

oportunidades distintas como un alegato, o la declaración de un testigo o un perito (31.14.) o en etapas bajo orden del juez (31.13); incluso antes de que el procedimiento inicie (31.16.), sin embargo, para ello la parte que alegue debe probar que ambas partes podrán ser incumbentes en el procedimiento que se busca iniciar. Siendo así, la revelación de un documento antes de que inicie el procedimiento no tiene un fin prejudicial, sino también podrá ser utilizado para que el documento resuelva un conflicto sin un procedimiento o abaratar costos del sistema.<sup>77</sup> La revelación podrá también dirigirse sobre un tercero (31.17.).

En segundo lugar están los medios de prueba que las *Rules* califican de forma general como evidencias. El juez podrá controlarlas dando instrucciones que orientarán la actividad probatoria de las partes, fijando las materias que requieren la prueba y los medios por los cuales podrán ser probadas, pudiendo excluir prueba en ejercicio de la regla en comento, podrá limitar también el examen cruzado de las partes (32.1. (1), (2) y (3) CPR). Así, el examen cruzado de las evidencias podrá darse incluso antes del juicio, en cuyo caso será esencial para la admisibilidad de la evidencia presentada (32.7.);<sup>78</sup> si el testigo es presentado durante el proceso, podrá ser examinado por la contraparte, incluso interrogado sobre hechos nuevos que no hayan sido objeto de la

---

<sup>77</sup> Este tipo de normas ya fue adelantado, el sistema inglés busca que las partes no judicialicen en extremo los conflictos, de manera que las partes podrán optar por diversas válvulas de escape para evitar un conflicto, o acudir a un método alternativo de resolución.

<sup>78</sup> La evidencia deberá ser examinada por la contraparte, si ello no es posible porque la parte no procede como ordena la corte, su evidencia no podrá ser utilizada a menos que el propio tribunal de su aprobación.

declaración prestada a la parte que lo llamó (32.11.), es decir, el contraexamen de un testigo no solo sirve para descartar su idoneidad, como también para atacar la postura de la contraria. Por último, las declaraciones hechas por la contraparte también son parte de las evidencias que pueden presentarse dentro del procedimiento (32.18.).

Por otro lado, la declaración de peritos sólo podrá ser utilizada cuando sea razonablemente útil para resolver el conflicto (35.1.); para estos efectos, la ley se refiere a un “experto” como quien ha sido instruido para ofrecer evidencia a la corte en cierto conflicto (35.2.), el perito tiene el deber con la corte, ayudándola en materias dentro de su conocimiento. El peritaje se traduce en un informe que deberá ser presentado a la corte con el sólo fin de resolver el asunto en materia de sus conocimientos y los contenidos que las propias *Rules* exigen (35.10.). De tal manera que la prueba pericial no es útil sólo a la parte que practica la diligencia, sino al proceso como un todo, ayudando al juez a encaminar la prueba al cumplimiento de los fines procesales.

Por último, la ley inglesa utiliza una cláusula abierta para mencionar los medios de prueba de los cuales las partes pueden servirse, ello no obsta, como hemos visto, a que se ocupe de regular ciertos medios de prueba en particular; sin embargo, la particularidad que tiene las *Rules* en comparación con nuestros Códigos de raigambre continental es que se remite a una ley anexa para la regulación de ciertos medios de prueba, por ejemplo, los instrumentos públicos.

Esta ley es la *Civil Evidence Act* de 1995. Por ejemplo, los instrumentos públicos o aquellos registros de negocios serán admitidos como evidencia en juicio sin necesidad que otro medio de prueba los avale (9.1).

En las *Civil Procedure Rules* existen especies de instrumentos cuya regulación se remite a la *Civil Evidence Act*; estas son los planos, fotografías y modelos, y se les aplican los mismos efectos que los instrumentos públicos y registros de negocios, es decir, podrán ser usados como evidencia sin ninguna otra prueba necesaria (33.6.2. CPR).

De lo anteriormente expuesto podemos destacar dos ámbitos de las *Rules* inglesas: en primer lugar el deber que tiene el juez para procurar la igualdad jurídica de las partes que acuden a la tutela de sus derechos. Situación que, no solo resguarda la tutela efectiva de derechos de las partes, sino también el propio principio dispositivo en materia civil. Por otro lado, la libertad que tienen las partes para acompañar la prueba al proceso, permitiendo expresamente la agregación de los modernos medios de prueba al proceso sin regla de homologación alguna, y regulando algunos de éstos en una ley especial que integra las *Rules*.

Consideramos que el sistema inglés necesariamente debe ser revisado no sólo para la reforma a nuestro procedimiento civil interno, sino también para las reformas a los procedimientos arbitrales internos y la recepción de los procesos arbitrales internacionales.

### 3. Conclusiones al capítulo segundo

Llama la atención el escaso parecido entre los sistemas procesales civiles analizados y el sistema que se intenta poner en funcionamiento en nuestro país.

El sistema procesal civil chileno intenta arrancar el proceso a las partes y transformarlo en un mecanismo instrumental a un interés público, de tal manera que las partes son instrumentales para el proceso, la verdad material y – como un fin mediato – la paz social, y no al revés: particulares que concurren con sus problemas privados (por mucha relevancia jurídica que éstos tengan no pierden su naturaleza) a un tercero imparcial que los resuelva con la mayor celeridad posible y en forma ajustada a Derecho.<sup>79</sup> Ninguno de los sistemas analizados sigue este camino. Los cuatro países analizados mantienen, *mutatis mutandis*, la carga de la prueba fija, un sistema de medios de prueba cerrado aunque con cláusulas de escape que permitan la incorporación de los modernos medios de prueba al proceso, siendo Inglaterra el más abierto entre ellos.

Sin embargo – y dada la proximidad cultural de ambos casos – debemos destacar los casos de España y Argentina, que tienen normas de clausura que permiten al juez que conoce de la causa agregar el moderno medio de prueba ofrecido conforme mejor le parezca a su naturaleza, dictando las providencias

---

<sup>79</sup> El nuevo sistema procesal civil pareciera que busca que las partes simplemente pongan en conocimiento de un asunto de relevancia jurídica al juez, éste lo convierta en un asunto de relevancia pública y lo resuelva para asegurar la paz social en torno al asunto, cuya resolución aún sólo satisface a las partes que inicialmente trabaron la litis.

necesarias para ello. Consideramos que es en esta dirección en la que debiera avanzar el legislador chileno.

Una modificación completa a nuestro sistema de prueba es necesaria, pues entregar la libertad al juez para que defina y extienda la naturaleza jurídica de los medios de prueba beneficia no sólo a las partes, sino también favorecería un rico desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre los modernos medios de prueba. Éstos, y no hay sorpresa en lo que afirmamos, avanzan en el desplazamiento de los medios de prueba tradicionales y en constituirse en el centro de la discusión en juicio. Aunque es cierto que los sistemas mencionados mantienen capacidades probatorias para el juez, en especial Inglaterra, ello no obsta a que el principio rector casi absoluto es el principio dispositivo. Francia lo reconoce abiertamente en el capítulo inicial del *Code*, España ya lo menciona como un principio que informa toda la Ley de Enjuiciamiento, e Inglaterra instruye al juez para que deje a las partes dirigir el proceso a través del *overriding objective*, tomando las riendas sólo para ordenar las actuaciones procesales de las partes.

Consideramos que el Proyecto de Código Procesal Civil debiera considerar estas normas, en especial cuando Francia y España son las bases de nuestro sistema legal, y nuestro derecho sustantivo progresivamente se hace cargo del fenómeno de la digitalización.

El diagnóstico anterior es, sin duda, curioso, pues se esperaría que Chile siguiese alguna tendencia extranjera en materia probatoria civil, sin embargo todo indica que los autores nacionales siguieron los pasos de la reforma Procesal Penal en materia probatoria. En todo caso, analizando las fuentes del Código se mencionan tangencialmente los modelos extranjeros, especialmente en el Informe elaborado por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El proyecto va en dirección contraria a la tendencia unificadora que están adoptando los sistemas legales actualmente, desdibujando la clásica frontera entre la corriente romano-continental y el *common law*, no sólo en legislación procesal, sino también sustantiva. El Proyecto de Código Procesal Civil se vuelve una isla, intentando crear una senda única en el mundo con resultados inciertos, tanto en su fase teórica como en su posible puesta en práctica; el aislamiento de Chile en este sentido no resulta lógico a la luz de las tendencias internacionales, más aún cuando al revisar éstas, no hay cual siga en forma absoluta las teorías o doctrinas planteadas en el Proyecto Código Procesal Civil, sino más bien se acercan a las de su predecesor.

Consideramos que el Código Procesal Penal no es replicable en el sistema procesal civil, ya que se basa en las propias aproximaciones de la ciencia penal a la realidad del proceso. Así, doctrinas como la del “*fruto del árbol envenenado*” para excluir del proceso pruebas derivadas de una obtenida ilegalmente es difícilmente aplicable a los procesos civiles por la naturaleza del

proceso y de los conflictos que se ventilan en sede civil, tampoco es trivial aplicar los principios probatorios del proceso penal en el proceso civil pues éstos se basan en exigencias sociales, legales y constitucionales ajenas a los requerimientos que inspiran a este tipo de procesos.

Por último, el fin de las pruebas que se aportan en los procesos penales difiere de los civiles; este punto se relaciona con el valor de la verdad en el Derecho procesal. Así, tradicionalmente se dice que en el proceso penal las pruebas buscan llevar a la verdad material sobre los hechos que forman parte de la formalización y posterior acusación del fiscal, para llevar al juez a cumplir el estándar de certeza mínima exigida por la ley penal para condenar al imputado: más allá de toda duda razonable sobre haber cometido el hecho punible (art. 340 NCPP), es por ello que la actividad probatoria de los intervinientes está orientada a hacer llegar al tribunal a la convicción acerca de todas las circunstancias que rodean la actividad punible y que determinan la responsabilidad penal. En cambio, la actividad probatoria civil no busca hacer llegar al tribunal a un estado tal de conocimiento que no le quepa otra conclusión que la alegada por las partes, sino se busca un reconocimiento formal de los hechos,<sup>80</sup> reconocimiento que varía dependiendo de la materia civil sometida al conocimiento del tribunal, sin embargo, cualquiera sea ésta, las partes no tienen la carga de crear en el juez conclusiones unívocas sobre los hechos del juicio. Allí donde el proceso penal busca crear en el juez el

---

<sup>80</sup> Al rol de la verdad en el proceso civil se referirá en el Capítulo IV de esta memoria.



conocimiento de una realidad, el proceso civil se conformará con trozos de realidad que sean funcionales a las alegaciones fácticas de las partes como al Derecho invocado. Así el juez civil no necesita conocer todas las circunstancias que rodean el incumplimiento contractual de una de las partes, sino simplemente si este incumplimiento es suficiente para otorgar a la otra parte la resolución del contrato; el juez civil no necesita el desarrollo de la conducta desplegada por un agente que causa daño a otro, sino simplemente saber si tal conducta existió y el vínculo causal con el daño patrimonial producido.

De los tres puntos anteriores se colige que es imposible que el Proyecto de Código Procesal Civil se limite a importar el desarrollo probatorio del Código Procesal Penal, ya que los supuestos basales de uno y otro son muchas veces incompatibles entre sí, pretendiendo una visión de unidad de los sistemas procesales chilenos artificial e innecesaria.

## **CAPÍTULO TERCERO: EL TRÁNSITO A LA REFORMA**

### **PROCESAL CIVIL**

La pregunta que este capítulo intenta responder es ¿Qué pasos ha seguido la Reforma Procesal Civil en relación a los modernos medios de prueba?. Para responder esta pregunta en primer lugar nos referiremos a las disposiciones probatorias del Anteproyecto de Código Procesal Civil y el Proyecto de Código Procesal Civil de 2009 enviado por la presidenta Michelle Bachelet Jeria; luego la tramitación del Proyecto actual en la H. Cámara de Diputados, tanto en la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia como la discusión en la Sala.

#### **1. Los anteproyectos de Código Procesal Civil**

##### **1.1. Anteproyecto de Código Procesal Civil de 2006.<sup>81</sup>**

El Anteproyecto fue presentado por el destacado profesor Cristián Maturana Miquel el 19 de diciembre de 2006. Desde la mismísima presentación, el profesor Maturana ya hace presente que el Anteproyecto de Código no contiene – ni tiene por fin tratar – norma alguna sobre mecanismos de solución alternativa de conflictos ni tampoco de arbitraje nacional. Asimismo señala que

---

<sup>81</sup> Las referencias de este acápite fueron directamente extraídas de los documentos proporcionados por la Subsecretaría de Justicia en relación a la elaboración ministerial del Foro Procesal Civil y la elaboración del Anteproyecto de Código Procesal Civil.

tampoco es materia de este Anteproyecto la necesaria reforma orgánica que debe hacerse para que la Reforma pueda entrar en vigencia.

El Anteproyecto comienza, siguiendo la tendencia de las reformas procesales recientes y que se mantiene en el Proyecto de 2012, con la enumeración y definición de los principios que regiría el nuevo proceso civil. Así, a los ya tratados de oralidad, intermediación, concentración, igualdad, buena fe procesal y el impulso procesal del tribunal, se agregan expresamente normas como el artículo 1° reza: *“No es lícito recurrir a la fuerza para protección de derechos, salvo en los casos expresamente admitidos por la ley”*, continua señalando que las partes pueden precaver o poner fin a todo conflicto sobre derechos disponibles, asimismo el artículo 2° señala: *“Jurisdicción y competencia. El ejercicio de la función jurisdiccional, que se encuentra destinada a conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. La jurisdicción se deberá ejercer por el tribunal dentro del ámbito de competencia establecido por el legislador, salvo en los casos en los cuales se autorizare a las partes para disponer de los elementos que la determinan”*. Los dos artículos citados demuestran claramente que la intención de los redactores del Anteproyecto era efectivamente dotar al Código Procesal Civil del carácter de general y supletorio que su antecesor ha perdido progresivamente desde la Reforma Procesal Penal.

Al respecto, el Informe del Foro señala que la oralidad es el principio que tanto la práctica como el Derecho comparado ha demostrado ser eficaces para dar celeridad a los procesos civiles, y los principios tales como la inmediación, concentración y continuidad son necesaria consecuencia de la adopción de un sistema oral, que mantiene, con matices, un coto escrito en la etapa de discusión.<sup>82</sup> En el mismo sentido, el Informe señala que el Libro I del Código debe tratarse sobre las normas generales de todo procedimiento, así como los efectos de la ley procesal en el tiempo y el espacio, notificaciones -optando por un sistema desformalizado-, las actuaciones judiciales y su registro y el rol del juez y de las partes en el nuevo proceso.

Al respecto, aunque el informe señale que “*La dirección del proceso y el impulso procesal están confiados al Tribunal*”,<sup>83</sup> agrega que la posición de entregar plena actividad probatoria al juez es de minoría entre los participantes del Foro. Sin embargo, la *Propuesta de Bases* sostiene que el tribunal debe tener amplias posibilidades de ordenar la rendición de prueba de oficio, hasta antes de que la causa quede en estado de fallo, con la sola limitación - respecto de la prueba de testigos - de que éstos hayan aparecido mencionados durante el procedimiento. Las *Bases Generales para una Reforma Procesal Civil* elaboradas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, señala que la actividad probatoria no tiene por fin alcanzar la verdad material en el proceso, y

---

<sup>82</sup> Informe del Foro para la Reforma Procesal Civil. 2006. p. 9.

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 15.

por lo tanto, la iniciativa probatoria debe ser entregada a las partes, a menos que concurra alguno de los siguientes casos: 1° cuando la actividad probatoria sea insuficiente para que el juez logre convicción sobre los hechos controvertidos, 2° cuando aparezcan hechos nuevos que sean suficientes y necesarios para acoger o rechazar la demanda, 3° la prueba (determinación) del Derecho extranjero y 4° en los casos en que el juez sospeche la existencia de un fraude o colusión procesal. Las Bases no especifican la forma en que estos casos de excepción entregan iniciativa probatoria al juez, señalando que podrá ser durante el curso del proceso – como las partes – o como medidas para mejor resolver.

El artículo 27 – sobre las facultades del tribunal como sujeto procesal – establece en su número 4 que *“el tribunal está facultado para: 4) Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley”*. Este numeral implicaría que el Anteproyecto entrega la facultad al juez de ordenar diligencias probatorias sin limitación alguna más que el respeto al derecho a defensa de las partes, Sin embargo el Anteproyecto contiene una norma especial al respecto, entregando la iniciativa probatoria totalmente a las partes según aparece en el artículo 278 inciso segundo que señala: *“El tribunal sólo podrá formular preguntas al testigo o perito que hubiere declarado en la audiencia con el fin de que aclare sus dichos, y no podrá decretar diligencia alguna de prueba.”* Con ello, el Anteproyecto

toma una decisión acertada al negar la iniciativa probatoria judicial, dando plena aplicación al principio de aportación de parte. La iniciativa probatoria judicial, pese a no ser de mayoría en el Foro y no estar contemplada en el Anteproyecto, es una de las instituciones finalmente agregadas en el Proyecto de Código de 2012 – que se encuentra actualmente en tramitación – y, ciertamente, una de las más controvertidas para un Código procedimental civil.

A su vez, el artículo 284 inciso primero del Anteproyecto determina el objeto de la prueba y el *onus probandi*; respecto del primero, el objeto de la prueba recae sobre los supuestos fácticos de la aplicación de la norma jurídica que invoquen las partes como base de su pretensión. En este mismo sentido, el artículo 283, el Anteproyecto toma partido por la teoría del “*derecho extranjero*”,<sup>84</sup> señalando que éste – en su calidad de tal – no requiere ser probado, pero los sujetos procesales tendrán plena libertad para determinarlo.

Asimismo, respecto de la carga de la prueba, este artículo debe ser complementado con el inciso tercero del artículo 14, haciendo eco de la teoría de la carga dinámica de la prueba, permitiendo al juez alterar la regla general según “*la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio*”. La redacción de este inciso amplía la norma del artículo 1698 del Código Civil, no corresponde a las partes probar sólo las obligaciones o su extinción a quien corresponda sino también soportar las consecuencias

---

<sup>84</sup> RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. *Curso Básico de Derecho Internacional Privado*. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. pp. 76-78.

procesales de no hacerlo, explicitando la recepción de las teorías de Gian Antonio Micheli y Leo Rosenberg sobre carga de la prueba.<sup>85</sup>

Aún cuando el artículo 14 permite la alteración de la carga de la prueba, el inciso segundo del artículo 284 permite aliviarla – a cualquiera de las partes – “*en casos calificados*”. El Anteproyecto permite al juez llenar vacíos probatorios tomando en cuenta la conducta efectiva de las partes y su falta de cooperación en incorporar al proceso los medios de prueba de que dispongan; este artículo tan innovador, permite dar aplicación directa, en materia probatoria, al principio de buena fe procesal. Sin embargo, el alivio de la carga de la prueba sólo podrá hacerse por el juez cuando haya apercibido a las partes con la aplicación de este precepto en la audiencia preliminar. El inciso segundo del artículo precitado, de cualquier modo, no debería ser entendido como una nueva alteración de la carga de la prueba: las partes siempre deberán probar el supuesto fáctico de la norma que invocan como base de su pretensión, o según la facilidad o disponibilidad de los medios de prueba, pero dicho inciso simplemente les agrega la carga procesal de una actitud cooperativa y leal en el desarrollo del proceso en virtud de amparar la buena fe procesal – dándole aplicación directa – y que emana directamente de valoración de la prueba (y actividad probatoria) según las reglas de la sana crítica.

---

<sup>85</sup> VÁSQUEZ GUÍÑEZ, Claudia. *Rol del Juez en el Nuevo Proceso Civil en Relación a la Carga de la Prueba*. Master en Derecho. Concepción. Universidad de Concepción. 2014. p. 25.

Respecto de la oportunidad procesal para producir la prueba al proceso, esta es, como regla general la audiencia de juicio oral según señala el artículo 13 del Anteproyecto; sin embargo, el artículo 173 contiene una excepción, que son las medidas prejudiciales probatorias para interrogar peritos o testigos que no pudieren declarar en la audiencia de juicio *“por deber ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante”*, o – si ya se hubiere presentado la demanda – que ésta se rinda en la audiencia preliminar respectiva. Sin perjuicio de lo que se desarrolle más adelante en esta memoria, es relevante desde ya destacar que el proyecto de Código – así como el propio Anteproyecto – no contemplan norma alguna sobre la declaración a distancia de peritos o testigos a través de medios electrónicos, pudiendo aventurar que la razón de dicha exclusión es una posible lesión al principio de inmediación del juez – y las partes – con los medios de prueba.

Asimismo, en función de entregarle al tribunal la dirección del proceso, el Anteproyecto sí le otorga la posibilidad de aprobar las convenciones probatorias que acuerden las partes en la audiencia preliminar (art. 281 inciso 2°), siempre que éstas no sean contrarias al orden público, a las buenas costumbres o atenten contra los derechos fundamentales. De igual modo, podrá excluir las pruebas que fueren manifiestamente impertinentes, probaren hechos públicos y notorios, sean sobreabundantes – sobre un mismo hecho - constituyan prueba ilícita o recaigan sobre hechos no controvertidos por las partes (art. 282).



Ambas normas son directamente tomadas de los procesos reformados, que sin embargo – salvo la prueba ilícita o sobreabundante – no agregan nada al actual artículo 318 del Código de Procedimiento Civil en referencia a la fijación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos en la resolución que recibe la causa a prueba.

Respecto de la posibilidad de exclusión de prueba, ésta no entra en conflicto con el fin de la prueba en materia civil. La demostración de una verdad formal ante el juez para resolver un conflicto particular de carácter privado, el juez que conozca de la audiencia preliminar simplemente se limita a depurar el conocimiento de los hechos que tendrá el juez que conozca de la audiencia de juicio; y así, las que no correspondan con criterios que permitan su exclusión, deberán ser admitidas y rendidas en dicha audiencia.

Por último, la causales de exclusión de medios de prueba finaliza con la frase “*a menos que se tratare de cuestiones indisponibles para las partes*”, frase que en idéntica redacción se mantiene en el artículo 263 del Proyecto de 2009 y en el artículo 292 del Proyecto de 2012. Al respecto, la pregunta que no responde ni el Informe ni la Propuesta de Bases es si dicho calificante – o contra excepción – es posible de aplicarse a todas las causales de exclusión de prueba. Por ejemplo, si las partes presentan prueba obtenida ilegalmente - los correos de una de ellas - y éstas contienen información de relevante interés público o que sin ser de carácter delictual implicaren la lesión a principios de orden público

¿es lícito para el juez que conoce de la audiencia preliminar excluirlos del proceso? La respuesta parece lógica: no puede, y en consecuencia, siempre que se trate de asuntos indisponibles para las partes, el juez no tendrá posibilidad de excluir un medio de prueba y éste debe ser rendido en la audiencia de juicio, pues – al menos en el texto del Anteproyecto – la ley confía al órgano jurisdiccional la dirección del procedimiento para la justa solución de conflicto (art. 6°). En este sentido, el artículo 27, n° 6 señala que la exclusión de prueba es una facultad para el tribunal, por lo tanto podrá incluso recibirse prueba ilícita en la audiencia de juicio cuando sea necesaria para una justa resolución del proceso, justicia que se alcanza con el respeto a los principios e intereses indisponibles para las partes. Esta conclusión parece apoyada por la legislación extranjera, por ejemplo en el artículo 281 n° 3 de la Ley de Enjuiciamiento española, que señala que los hechos no controvertidos están exentos de prueba, a menos que se trate de asuntos indisponibles por las partes; la redacción de esta norma puede extrapolarse sin problemas a nuestro ordenamiento – y del mismo modo señalado en las *Bases para una Reforma Procesal Civil* – permite al juez ordenar que se rinda prueba sobre un punto de hecho cuando sospechare un fraude o colusión procesal.

Ahora bien, el Anteproyecto, en su artículo 13 y luego repetido por el artículo 279, establece la libertad probatoria en materia civil y señala: “*Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en*

**conformidad a la ley**". Lo anterior busca estar en directa relación con el artículo 285, que conjuntamente con señalar que la prueba se apreciará según las reglas de la sana crítica, agrega que en la sentencia el juez debe hacerse cargo de toda la prueba rendida – y de los fundamentos para desechar la que no tuviere por acertada – como también los medios de prueba que probaron tal o cual hecho y los fundamentos utilizados para alcanzar las conclusiones que afirma en la sentencia definitiva (precepto idéntico al de los artículos 456 y 459, n°4 del Código del Trabajo), lo que no hace sino más que explicitar – en materia civil – la necesidad y el sentido de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

En este sentido, el Informe señala que la libertad probatoria no es más que la consecuencia de optar por un procedimiento oral, manteniendo la función que tienen ciertas solemnidades en materia civil y comercial de ser, a su vez, medios de prueba. Así, el propio artículo 285 inciso 4° dice que el acto solemne sólo puede probarse por la solemnidad señalada por la ley. Sin perjuicio de ello, el propio profesor Maturana – en la presentación del Anteproyecto – nos adelanta que será necesaria, a fin de propender a la normalización con los preceptos del Código Procesal Civil, una ley adecuadora de normas sustantivas.

El artículo 322 que se refiere específicamente a otros medios de prueba no regulados expresamente – los modernos medios de prueba – señala que podrán admitirse en el proceso siempre que sean aptos para producir fe,

quedando la labor al juez de determinar su incorporación al procedimiento “*adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo*”. La norma del artículo 322, por lo tanto, somete a los modernos medios de prueba al tratamiento general, por ejemplo, debiendo el demandante acompañar a la demanda todos los documentos que obren en su poder, incluyendo CD, DVD, archivos en formato digital, bases de datos o extractos de ellas e incluso en el extremo, páginas de internet.; a la luz de la regulación del Anteproyecto aparece que las declaraciones de personas a través de medios de transmisión en línea quedan a la entera libertad del juez, puesto que los testigos y las partes deben declarar personalmente y corresponderá al juzgador elegir entre las dos formas de declaración. Lógicamente, resulta más conveniente para la eficacia del proceso y para las partes que los peritos o testigos que estén en lugares remotos – dentro o fuera de la República – lo hagan a través de medios tecnológicos. El texto adoptado, que finalmente es la norma rectora respecto de los modernos medios de prueba, es mera repetición de lo señalado en la Propuesta de Bases elaborada por la Universidad de Chile, al señalar que el proyecto de Código sólo debe encargarse de regular (formalmente) los medios de prueba tradicionales, dejando la incorporación al proceso en la forma que el juez determine, pero homologándolo a alguno de los tradicionales.

Al respecto, las Bases de la Universidad Católica expone el tratamiento de los modernos medios de prueba en Códigos de América Latina y el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; es sorprendente que de ocho Códigos

analizados (incluyendo el Código de Procedimiento Civil chileno), tres países y el Código Modelo optan por un sistema de homologación de los modernos medios de prueba,<sup>86</sup> México y Bolivia cuentan con un sistema de libertad absoluta de medios de prueba – mientras no sean contrarios a la moral o estén prohibidas por la ley -, y Argentina y Colombia tienen un sistema norma de clausura, que consiste en que, a falta de algún medio tradicional de prueba al cual los modernos puedan ser homologados, entregan plena libertad al juez para incorporarlos al proceso según su apreciación.

Sin embargo, pese al análisis hecho, las Bases de la Universidad Católica no toman partido sobre qué método resulta más conveniente a efectos de la forma de incorporación de los modernos medios de prueba, limitándose a señalar que: *“Debe permitirse la actividad probatoria tanto en la etapa de sentencia como en el curso del procedimiento, sin limitar taxativamente los medios probatorios utilizables. Toda fuente de prueba cuya existencia o posible existencia suministren los antecedentes del proceso, puede y debe ser incorporada por el juzgador, en defecto de la actividad probatoria de las partes”*.

Ahora bien, el Anteproyecto de Código Procesal Civil – junto con sus Bases y Propuestas – es un hito fundante en la creación del Código Procesal Civil, estableciendo las bases doctrinales en materia probatoria, que se mantendrán

---

<sup>86</sup> Dentro de este listado se incluye a Chile, dado que la doctrina es uniforme en relación a que los modernos medios de prueba se homologan al tasado legalmente que más se le asemeje, según ya se ha expuesto.

en su esencia en los Proyectos presentados por el Gobierno a discusión parlamentaria. El diagnóstico realizado por el Foro de la Reforma es el correcto: el Anteproyecto está formulado en la base de acelerar el proceso, crear un procedimiento que aparezca como efectivamente supletorio de todos los otros – ordinarios y especiales -, otorgar un mejor acceso a la justicia civil y adecuar las normas procesales a los desafíos del siglo XXI.

En sí, las bases se cumplen en el articulado del Anteproyecto, en especial la primera parte del Libro I y los principios que informarán el Proyecto de Código Procesal Civil. Mas en el tratamiento de la prueba el único cambio sustantivo, respecto de los modernos medios de prueba, es que el criterio de homologación se explicita para el juez; criterio que convierte en letra muerta la libertad probatoria como está planteada en el artículo 279. La recepción de los medios de prueba en audiencia, al tenor de la estructura general del Anteproyecto, innova muy poco en el tratamiento de los modernos medios de prueba tal como están planteados en el Código de Procedimiento Civil. Así, las páginas de internet, medios de almacenamiento óptico, virtual y bases de datos ya se acompañan al proceso en audiencia (art. 348 bis. del CPC), y sólo pesa en contra de la parte que los acompaña la obligación de hacerlo en la demanda o la contestación según sea el caso; sólo existe una innovación en relación al peritaje, pues en conformidad con el artículo 307 y siguientes del Anteproyecto – y en concordancia con el tratamiento en los procedimientos reformados – el informe de peritos (que recaerá sobre los sistemas de captación o

reconocimiento de rasgos biométricos) es la declaración que da el experto en la audiencia, además de su informe escrito como en el procedimiento actual.<sup>87</sup>

Desde el punto de vista dogmático es relevante volver a destacar que el juez no cuenta con iniciativa probatoria, situación que mantiene la igualdad formal de las partes en el proceso en la regulación de las instituciones probatorias; por otro lado, la teoría de la carga dinámica de la prueba en la forma que está establecida en el Anteproyecto resulta nociva para un sistema civil, pues descansa sobre la base de ser un sistema general y supletorio de los otros, y por lo tanto, el éste debería mantener un carácter neutro sobre las partes, excluyendo teorías que alteran la normalidad de las relaciones jurídicas, y debiendo entregar el proceso a las partes, principales (y en muchos casos, las únicas) interesadas en la resolución de un conflicto jurídico.

La apreciación de la prueba en conformidad a las reglas de la sana crítica es también instrumental a entregar al proceso a las partes: en la medida que las partes sean libres para probar sus posiciones fácticas libremente, entonces el juez también debe tener las herramientas para abarcar todo el abanico de medios que las partes pueden hacer valer, especialmente los modernos medios de prueba. En este mismo orden de cosas, la sana crítica es un contrapeso – en materia de pruebas biológicas o sobre rasgos biométricos – a que el perito

---

<sup>87</sup> Sin embargo, en la práctica forense, los abogados no sólo acompañan el informe pericial a los autos, sino también citan al perito como un testigo-experto, a fin de que informe al tribunal en audiencia (al receptor judicial tomando acta de su declaración).

reemplace la función del juez, colmando las posiciones fácticas del proceso, limitando al juez simplemente a subsumir la conclusión del perito en la norma jurídica.

Lo anterior reafirma la conclusión de los párrafos anteriores: el Anteproyecto es el punto de partida del proceso de creación del Código Procesal Civil, pero de todas formas insuficiente a los desafíos que plantea el tratamiento de los modernos medios de prueba, que *mutatis mutandis* quedan en una situación análoga a la que tienen en el Código de Procedimiento Civil.

#### 1.2. Proyecto de Código Procesal Civil del año 2009:

El Anteproyecto sirvió como antecedente básico de la segunda etapa del Foro, que iniciara el año 2007, y tuvo por fruto la creación del primer proyecto de ley que establece el Código Procesal Civil en el año 2009, durante el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria. El proyecto fue presentado el 16 de junio del mismo año a la discusión legislativa.

Sin embargo – producto del cambio de gobierno el año 2010 – éste fue retirado y sometido a una revisión por una Comisión Intraministerial del Ministerio de Justicia. Sin perjuicio de ello, el proyecto del año 2009 continúa la senda del



Anteproyecto,<sup>88</sup> estableciendo las líneas doctrinales que luego seguiría el proyecto del año 2012. Asimismo, el proyecto no contiene norma alguna sobre los procedimientos no contenciosos ni sobre medios alternativos de resolución de conflictos.

El proyecto retoma las metas propuestas en el Anteproyecto para modernizar la justicia civil y hacer frente a los gravísimos problemas que ésta afronta como fueron diagnosticados por el Foro, así también destaca como uno de los fines de la reforma – aunque escapa al ámbito del Código Procesal Civil – la creación y fomento de métodos de solución de conflicto distintos al proceso de tal forma que: *“aleje la idea del enjuiciamiento civil como opción única, integrando una amplia visión de los diversos mecanismos alternativos de solución de conflictos existentes, tanto judiciales como extrajudiciales”...*”y que ubique al proceso judicial como *última ratio*, cuando ninguna de las posibilidades haya tenido éxito” según aparece en el Mensaje del Proyecto enviado por la presidenta. La reforma a la justicia civil, por lo tanto, tiene un doble propósito primordial: primero, acercar la justicia a la ciudadanía, ofreciendo un sistema rápido y justo para los conflictos jurídicamente relevantes, pero como contracara la solución a través de un proceso judicial debe ser desincentivada a través de medios alternativos de solución de conflictos, de tal modo que – al terminar la excesiva judicialización de los asuntos jurídicos – la eficiencia y eficacia del sistema

---

<sup>88</sup> Según la información proporcionada por la propia Subsecretaría de Justicia, no obran en poder de dicha repartición registros del trabajo de revisión realizado por dicha Comisión Intraministerial.

estén garantizados. Es así que el artículo 1° del proyecto comienza dando a las partes la posibilidad de recurrir al proceso sólo cuando lo estimen necesario, y aún ponerle fin de común acuerdo, salvo norma legal en contrario.

De igual modo, el Libro I del proyecto inicia con la enumeración de los principios en los que se sustenta ideológicamente, no agregando ninguno respecto de los ya tratados en los procedimientos reformados, pero eliminando, algunos de ellos del título primero y otros definitivamente, los artículos referentes al principio de legalidad procesal, la libertad probatoria, carga de la prueba, efecto de Cosa Juzgada, buena fe procesal – en referencia a las multas que podrían imponer los tribunales de justicia a los litigantes que la infringieran –, fundamentación de las resoluciones y poder coercitivo de los tribunales civiles.

El artículo 18 n° 4 del Proyecto le entrega en idénticos términos iniciativa probatoria al juez que conozca de la causa. Respecto de la oportunidad procesal para realizar diligencias probatorias esta es, por regla general, la audiencia de juicio en los términos del artículo 304: como lo hubiesen acordado las partes, o iniciando por el demandante y terminando por los medios de prueba que el juez haya ordenado; además, según el artículo 161, las partes podrán solicitar que se interrogue a un perito o testigo ya sea en instancias pre-procesales o en la audiencia preparatoria *“si se temiere que no pudiere declarar en la audiencia correspondiente, por deber ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad*

*física o mental, o algún otro obstáculo semejante*". La solicitud se tramitará en audiencia citada al efecto, y se llevará a cabo con las formalidades de la audiencia de juicio. En los casos en que el testigo o el perito se encuentren a largas distancias, o que por algún motivo grave insuperable, no pudieren declarar en la Audiencia de Juicio, podrán hacerlo a través de medios electrónicos apto para su interrogatorio y conainterrogatorio (art. 306), desde ya es acertada la inclusión de esta norma, que permite la inclusión al proceso de los medios de prueba por sistemas de captación y transferencia de datos.

Respecto de la iniciativa probatoria, el Proyecto de 2009 señala, en su artículo 261, que son las partes las que podrán ofrecer prueba al juez y solicitar su generación u obtención a terceros, a la contraparte o a servicios públicos a través del órgano jurisdiccional. El Proyecto de 2009 elimina la prohibición del artículo 278 inciso segundo sobre la iniciativa probatoria del juez, pero tampoco se le otorga expresamente facultad alguna de producir prueba; esta norma debe ser entendida en relación a los citados artículos 304 y 18 n°4, que contempla la posibilidad que el juez produzca prueba.

Asimismo, al igual que los procedimientos reformados y del Anteproyecto, el Proyecto de 2009 otorga a las partes la posibilidad de acordar – bajo aprobación de juez – convenciones probatorias a efectos de que no puedan ser discutidos en la audiencia de juicio (art. 262). El juez también podrá excluir medios de prueba que sean impertinentes, sobreabundantes, obtenidos en

infracción a garantías fundamentales, etc. *“a menos que se tratara de cuestiones indisponibles para las partes”*. Esta norma, que sigue a los procedimientos reformados es novedosa en su forma de clausura – incorporada por el Anteproyecto en la forma ya comentada – pues la obligatoriedad de rendir prueba sobre cuestiones indisponibles para las partes no se encuentra en ninguno de los procedimientos anteriores (artículo 453, n° 4 del Código del Trabajo, artículo 276 del Código Procesal Penal y artículo 31 de la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia). La exclusión de los medios de prueba ofrecidos por las partes que quepan en alguno de los casos del artículo 263, se hará en la audiencia preliminar al tenor del artículo 254, n° 8.

Ahora bien, el objeto de la prueba y la carga de ésta están determinados en el artículo 265 del mismo, señalando que *“corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación beneficie”*, a menos que la ley asigne la carga de la prueba en modo diverso. El inciso segundo de dicho artículo también le otorga la posibilidad al juez de alterar la carga de la prueba *“conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio”*. Esta norma busca dar aplicación directa al principio de igualdad de armas entre las partes, tal como está consagrado en el artículo 5° del Proyecto, sin embargo la norma no señala a cuándo una parte cuenta con *“disponibilidad y facilidad probatoria (en perjuicio de su contraparte)”*, quedando a criterio del juez la asignación de la

carga dinámica aún cuando no haya desigualdad material alguna entre las partes que deba ser corregida mediante esta norma.

En lo tocante a los medios de prueba, el proyecto de Código señala que los hechos pertinentes en juicio podrán ser probados por cualquier medio “*obtenido, ofrecido e incorporado al proceso en conformidad a la Ley*” (art. 260), estableciendo así la libertad probatoria; sin embargo, el método escogido es la regulación de ciertos medios de prueba tradicionales y luego – como una norma de clausura – incorporar los modernos medios de prueba. Así, el proyecto regula expresamente los documentos que, siguiendo al *disclosure* anglosajón, deben ser acompañados a los escritos de la etapa de discusión; el proyecto también regula la declaración de testigos, el informe (y declaración) de los peritos, la inspección personal del tribunal y agrega la reproducción de hechos y la prueba por informe que se dirijan a instituciones públicas para que den cuenta de hechos que consten en documentación, archivos o registros a su cargo.

El artículo 302 del Proyecto se refiere a los medios de prueba no regulados, es decir, los modernos medios de prueba, señalando que podrán admitirse siempre que sean aptos para dar fe, independiente de su soporte. La forma en que éstos se incluyen dentro del proceso será – así como en el Anteproyecto – homologándolos al medio tradicional más similar. Respecto del soporte, el proyecto de Código ya la menciona respecto de los instrumentos, en el artículo

275, a efectos de declarar la igualdad de soporte material y virtual según el artículos 1° y 3° de la Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma. El artículo 79 del proyecto señala que se podrán incorporar al proceso todo tipo de instrumentos electrónicos, y si el tribunal no contare con los medios para su reproducción quién los acompañe debe suministrarlos, esta obligación se repite en los artículos 234 y 250 a propósito de los instrumentos que se acompañen a la demanda o contestación. Respecto de los demás modernos medios de prueba tratados en esta memoria, el Proyecto – al igual que el Anteproyecto – los entrega enteramente a la homologación que haga el juez al medio tradicional semejante. El Proyecto de 2009, por lo tanto, no se hace cargo respecto de los modernos medios de prueba que no pueden ser homologados a los ya existentes, es decir, prácticamente los mismos que el actual artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, respecto de su reproducción, el artículo 307 señala que los documentos (cualquiera sea su soporte) se agregarán al proceso mediante su lectura y exhibición; y agrega que respecto de *“cualquier otro medio electrónico apto para producir fe”* se reproducirán en la Audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción. Aunque nos parece equivocado que el método que utilice el Proyecto de 2009 para admitir los modernos medios de prueba sea la homologación, es innegable que la reproducción de éstos en naturaleza – junto con la declaración a distancia de los testigos o peritos – resulta en un avance respecto del ordenamiento actual.

Por último, la prueba se aprecia según las reglas de la sana crítica, es decir, en conformidad a las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y el conocimiento científicamente afianzado, a menos que una norma legal establezca una forma de apreciación diversa (art. 266). Así, el proyecto da aplicación directa a la libertad probatoria. En este sentido, el inciso segundo de dicho artículo señala que el acto solemne sólo puede ser probado por el medio de prueba que señala la ley. Relevante es señalar que las presunciones, tanto simplemente legales como de Derecho, no son consideradas como medios de prueba, toda vez que éstas son un mero ejercicio lógico que realiza el juez desde un hecho base para aplicar el efecto que señala la Ley.

### 1.3 Las deliberaciones del Foro Procesal Civil, la redacción del proyecto de Código de 2012:

El proyecto de 2009 es fruto de la segunda etapa del Foro Procesal Civil, que estuvo precedida por la elaboración del Anteproyecto por la Universidad de Chile, y nuevamente sometido a la deliberación de los participantes del Foro. Las sesiones décima a duodécima se avocaron enteramente a la prueba.

En la décima sesión se trató la iniciativa probatoria, con especial énfasis en la iniciativa probatoria judicial, sin perjuicio de que la redacción del Código se inclinó por otorgar plenos poderes probatorios al juez es relevante destacar que

tales nuevas atribuciones están condicionadas por una corriente doctrinaria más profunda, así lo señala la profesora de la Universidad Diego Portales doña Nancy de la Fuente: “... *el tema de la prueba está condicionado por la visión que tengamos del proceso y, en especial, del juez*”. Al respecto, el profesor Cristián Maturana opinó que la iniciativa probatoria judicial hace que el juez pierda imparcialidad, además, que en ningún caso implica otorgar al juez la posibilidad de introducir hechos al proceso. Por último, agrega que el juez no debería intervenir con prueba en el juicio oral. El mismo profesor en la cuarta sesión del Foro – tratando as atribuciones del juez civil en el nuevo proceso – señaló que la prueba está regida por el principio dispositivo, y en consecuencia es la parte la que afronta las consecuencias de no aportar prueba en cumplimiento de su *onus probandi*, además por el principio de concentración señalando la improcedencia de las medidas para mejor resolver en la Reforma, y por último, el principio de imparcialidad en los términos antes consignados, ya sea a través de prueba directa o de medidas para mejor resolver, **pues necesariamente ha de suplir la prueba de una de las partes en perjuicio de la otra.**

Don Miguel Otero señala que la prueba es función de las partes en el proceso civil, en contraposición, **la iniciativa probatoria judicial se justifica en procesos como el penal o de familia, precisamente por los bienes sociales en juego, y no intereses particulares como en el proceso civil.** Estos dos eximios profesores dan cuenta de una idea fundamental que debe inspirar el



ordenamiento civil: la libertad de las partes, en pos de asegurar dicha libertad en el proceso civil, el juez debe mantenerse como un tercero imparcial – en la medida de que la actividad procesal de las partes no comprometa un interés jurídico prevalente -. Esta última opinión es precisamente la que sostiene el profesor Juan Agustín Figueroa – de la Universidad de Chile –, en los casos de trascendencia social no parece adecuado que el juez no tenga acceso a facultades probatorias. En la cuarta sesión del Foro, doña Doris Mondaca opinó que el juez civil no tenga iniciativa probatoria sino para aclarar lo ya aportado por las partes al proceso, no pudiendo interferir en la carga probatoria de éstas.

En contraposición a estas opiniones (que finalmente fue adoptada en la redacción del Proyecto), el profesor Raúl Tavorari – en la cuarta sesión del Foro – señaló que la iniciativa probatoria judicial se explica por una nueva concepción del juez civil, uno que sea activo y dirija el proceso, y cuya función principal sea la de hacer justicia y buscar la paz social, en consecuencia, el juez debe poder suplir la prueba aportada por una de las partes, por ejemplo, si una de las partes no ha podido aportarla por negligencia de sus abogados.

Por otro lado, la décima sesión también trata de la necesidad de la prueba o *tema probandum*, avocándose al tratamiento de la rebeldía en la etapa de discusión o en la audiencia preliminar, abriendo el debate a si se ha de otorgar o no relevancia a los “hechos admitidos” – como ocurre en materia laboral -. Al respecto, la mayoría de los participantes en el Foro optan por no sancionar al

demandado rebelde con la aceptación tácita de los hechos contenidos en la demanda, sin perjuicio de otras consecuencias desfavorables dentro del proceso, así, la admisión de los hechos por el demandado debe ser inequívoca.

La undécima sesión trató dos temas sumamente relevantes, primero la prueba del Derecho extranjero, acordando los asistentes que el Derecho extranjero es Derecho pero debe acreditarse como hecho, teniendo la parte que lo presenta plena libertad probatoria para acreditarlo. Al respecto, iluminadora es la posición del profesor Raúl Tavolari: *“si bien el Derecho extranjero no es un hecho, se prueba como tal por parte del interesado”*, además *“no debería restringirse sólo a los órganos del Estado el acreditar esta circunstancia, sino que con amplitud probatoria, sin cortapisas, manifestando que quien no pueda probarlo incumplirá con su carga de la prueba”*.

Ahora bien, respecto de los medios probatorios, los participantes de la undécima sesión están contestes en que el Código Procesal Penal debe basarse en un sistema de libertad de medios de prueba o *numerus apertus*, pero algunos, como el profesor Maturana y Silva sostienen que debe haber algunos medios de prueba expresamente regulados, como aquellos que son solemnidades en el ordenamiento civil sustantivo. Los participantes también se concentraron en la regulación enteramente procesal de los medios de prueba: su producción, forma de acompañarse al proceso e impugnación de éstos, a este respecto destacamos la opinión del profesor Cristián Maturana – por

sintetizar las opiniones vertidas en la sesión -: “... *seguir en esta materia al Código Procesal Penal, adecuándolo a las normas civiles, con una regulación mínima de los medios de prueba respecto de la oportunidad de ofrecer, impugnar y presentar*”, además señaló: “*debe regularse los costos que implica la realización de informes por parte de organismos públicos y privados solicitados por los Tribunales de Justicia*”. Queda patente que los modernos medios de prueba no fueron considerados como relevantes en la regulación de la prueba en la Reforma Procesal Civil, tan es así, que el único que se refirió tangencialmente a ellos fue el profesor Raúl Tavolari como “*medios aptos para producir fe*”, sin referirse a cómo o en qué forma ellos son capaces de hacerlo; como tampoco los participantes del Foro se refirieron a la forma de acompañar los modernos medios de prueba al proceso – situación fundamental que no se resuelve con la oportunidad procesal para hacerlo – **quedando el método de la homologación sin un sustento en la base doctrinaria de la elaboración del Código.**

Mayor discusión generó entre los participantes del Foro – ya en la duodécima sesión – la oportunidad procesal para ofrecer o producir los medios de prueba, ya sea acompañarlos a la demanda, ora en la Audiencia Preliminar, ora en la de Juicio. El profesor Eduardo Jara de la Universidad Diego Portales sostuvo que la prueba no puede ofrecerse en la etapa de discusión, pues las partes sólo conocerán los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos en la Audiencia Preliminar, del mismo modo, cree necesaria una sanción al litigante que ofrezca

la prueba pero no la rinda en la Audiencia de Juicio, de la misma opinión fue el profesor José Pedro Silva, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, quien agregó que es en dicha audiencia “*donde el juez seleccionará y fiscalizará las pruebas que sean pertinentes, cuya producción se hará en la audiencia del juicio oral*”, sin perjuicio de la posibilidad de fiscalizar la producción de prueba ilícita en esta última; el profesor Raúl Núñez señala que la producción de prueba ilícita en el Juicio Oral produce la contaminación subjetiva del juez, y en consecuencia debe ser causal de nulidad o casación. El profesor Jorge Vial señala que la oportunidad procesal para el ofrecimiento de la prueba en la Audiencia Preliminar es sin perjuicio de las medidas prejudiciales probatorias – sin restringirlas a aquella que pueda desaparecer – ya sea que se soliciten de forma extrajudicial o previo requerimiento al juez.

Por último, la profesora Nancy de la Fuente sostiene que al exigir el ofrecimiento o aportación de la prueba a las partes, y la decisión legislativa de la etapa procesal para ello, debe apuntar también a uno de los objetivos de la Reforma: “*por un lado, debemos evitar las demandas temerarias que se interponen sin ningún fundamento (exigiendo al menos el ofrecimiento de los medios de prueba), pero no podemos ser tan exigentes que terminemos afectando el derecho a defensa de las partes*”, buscando así acercar la justicia a los justiciables pero a la vez cuidando la fluidez del sistema mismo.

Ahora bien, si bien al iniciar esta breve exposición sobre las opiniones vertidas en el Foro de la Reforma Procesal Civil se consignó que el trabajo de este Foro descansa en gran medida sobre el trabajo realizado por la Universidad de Chile en la elaboración del Anteproyecto de Código Procesal Civil, ello no disminuye la calidad del aporte hecho por los participantes de esta instancia. Sin embargo, la gran deficiencia en este análisis es precisamente el tratamiento de los modernos medios de prueba, pues los asistentes del Foro se limitan a admitir que es necesario incluirlas, mas sin pronunciarse sobre la forma de hacerlo en el proceso, las consecuencias de elegir un sistema por homologación o de plena libertad, o uno mixto deben ser explicitadas en la elaboración del nuevo cuerpo legal, especialmente si éste ha de servir de legislación general y supletoria.

## **2. La discusión legislativa del Proyecto de Código Procesal Civil:<sup>89</sup>**

Ya en el trámite legislativo, a través de las sesiones de la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados, se aprecia una rica discusión doctrinaria sobre las materias de esta memoria entre los diputados de la comisión como de los miembros invitados a ella. Destacando la preocupación por el nuevo rol del juez que el Código Procesal Civil le asigna,

---

<sup>89</sup> Las referencias a exposiciones de este acápite fueron extraídos de las Actas de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados celebradas entre el 20 de marzo del 2012 y el 4 de marzo del 2014; como de la Sesiones N° 107 de la Legislatura N° 361 de fecha 19 de diciembre de 2013 y la N° 117 de la Legislatura N° 361 de fecha 22 de enero de 2014.

como de la redacción de los artículos relativos a los modernos medios de prueba y el nuevo sistema recursivo del Proyecto de Código.

Por ejemplo, relativo al artículo 296 – sobre el concepto de instrumento – el señor Francisco Pinochet Cantwell, secretario general del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, recoge nuestra teoría de medios de prueba formales y sustantivos relativo a los soportes mismos como los dispositivos ópticos, eliminándose, en definitiva la alusión a un soporte “*material o desmaterializado*”. Resulta claro el error, no todo soporte es material según ya latamente se ha expuesto en esta memoria, pero de cualquier forma, el soporte mismo puede ser un medio de prueba distinto al documento que contiene, aunque esta dicotomía sólo puede darse en medios de almacenamiento como los ópticos o los digitales.

Es menester destacar la discusión recaída sobre el artículo 340 del Proyecto, que se refiere a los modernos medios de prueba o medios de prueba no regulados expresamente en el Código: **ninguno**. Fue aprobado sin más, unánimemente, manteniéndose el mismo sistema que tiene actualmente el Código de Procedimiento Civil según ha interpretado tanto la doctrina como la jurisprudencia, limitándose únicamente a explicitarlo en un artículo de clausura y a agregar, en definitiva, un inciso propuesto por el Ejecutivo en relación a la carga procesal de exhibir documentos en poder de un tercero.

En lo que se refiere a las facultades probatorias del juez en el nuevo proceso – que fueron diferidas por la Comisión para tratarlas orgánicamente – destacándose lo señalado por el profesor Maturana, que defiende la iniciativa probatoria judicial señalando que el nuevo proceso busca la verdad de los hechos y no que el juez sea un mero espectador de las partes y que el sistema propuesto responde a una tendencia moderna mayoritaria. Compartimos lo señalado por el profesor Pinochet en torno a que no hay tal tendencia en Derecho comparado, siendo Chile un país que toleraría una legislación inquisitiva, además, elevando los costos del proceso en búsqueda de la verdad material. El profesor Tavolari responde que la iniciativa probatoria judicial busca que, a través de la verdad material que se logre en el proceso, los fallos dictados por los jueces civiles tengan legitimidad afianzada en la realidad. La misma discusión fue recurrente en el proceso legislativo, a través de opiniones de profesores, diputados e incluso miembros del Poder Judicial.

Dentro de esta discusión, se destaca la opinión del profesor de Derecho Procesal de la Universidad Andrés Bello, don Hugo Botto Oakley quien señaló: *“La Constitución Política de la República señala dentro de las garantías de todas las personas, la que es denominada como ‘La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos’ disponiendo que ‘corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”* recalcando que la interrogante relevante es si al otorgarse facultades probatorias al juez que debe resolver el conflicto, se puede afectar o

no esa garantía. Señala que la prueba de oficio puede favorecer a la parte sobre quién recae la carga de la prueba y no probó, perjudicando a la contraparte. Como contraargumentos para dicha situación señaló la confianza en los jueces que han de aplicar la reforma y la necesidad de un juez que busque la verdad material del proceso más allá de la verdad formal ofrecida por las partes, además, que es una tendencia en Derecho comparado.

En este mismo debate, la señora Ministra de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, doña Adelita Ravanales señala que la iniciativa probatoria judicial maximiza la posibilidad de que el juez de la causa arribe a la convicción sobre la verdad material del proceso. El fin de esta institución no es subsidiar o beneficiar a una de las partes, sino que las decisiones jurisdiccionales sean justas.

Sin embargo, tales contraargumentos no se hacen cargo de la situación constitucional delimitada por el profesor Botto: el “subsidio probatorio” del juez – mediante prueba de oficio – a una de las partes es inconstitucional para la otra.

La propia Excelentísima Corte Suprema señaló en su informe que no comparte el rol asignado al juez, colaborando con una de las partes en la aportación de la prueba y carga de la misma: *“Lo anterior teniendo presente que tal facultad no le corresponde en el ámbito civil y que las reglas de la prueba deben estar definidas con anterioridad al inicio del proceso, no resultado apropiado que pueda determinar la carga según el caso y antecedentes que se le presenten”.*



Por último, respecto al Código Procesal Civil relativo al Derecho sustantivo, destacamos la intervención del profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile Mauricio Tapia, quien *“criticó el hecho que la reforma de las reglas sustantivas se efectúe por rebote, como en efecto colateral impensado de la modificación de las reglas procesales bien intencionadas y planificadas, que sin embargo, no tuvieron en vista la perspectiva del derecho civil”*. Destaca en materia probatoria que la carga dinámica de la prueba puede vulnerar las presunciones legales en materia de culpa contractual (art. 1547 del Código Civil) y extracontractual (art. 2320 y ss. del Código Civil). Señala como posibles efectos de la alteración del sistema de presunciones de culpa: alteración del sistema de contratos, dado que éstos permiten a las partes anticiparse a situaciones futuras, un sistema de carga dinámica de la prueba aumentaría los costos de transacción, puesto que las partes recién en la Audiencia Preliminar sabrán, a ciencia cierta, a quién le incumbirá probar las obligaciones del contrato. Altera la autonomía de la voluntad y la intangibilidad de los contratos especialmente si las partes han asignado en el contrato la carga de la prueba; la teoría de los riesgos, pues el juez podrá asignar la carga de modo que el acreedor sufra el riesgo de la cosa perdida y el costo de probar que la pérdida fue fortuita, del mismo modo, respecto del caso fortuito, el juez podría alterar la regla civil de que quien debe probarlo es quien lo alega (art. 1547 del Código Civil); lo mismo ocurre en materia extracontractual.

En definitiva, la Comisión decidió – a propuesta del Ejecutivo – la eliminación del inciso segundo del artículo 294 que establecía la carga dinámica de la prueba; rescatamos para ello la visión del profesor Silva Prado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, quien señaló que la carga dinámica de la prueba es otro de los métodos de procurar la igualdad de las partes, y su eliminación en nada obsta a la búsqueda de otros métodos.

Ya en la discusión en Sala del Proyecto, respecto del retroceso del principio dispositivo y la iniciativa judicial probatoria, el señor diputado Cristian Letelier señaló: *“En todo proceso también hay un interés público comprometido, lo que explica la retirada del principio dispositivo, pues las partes no son las dueñas del proceso. El dueño del proceso es el Estado, el que conviene en encontrar una solución pacífica a una controversia de carácter jurídico.”* Intervención apoyada por la señora diputada Marisol Turre: *“... Con el nuevo código, el juez tendrá un rol protagónico, activo, que le permitirá adoptar de oficio, incluso, medidas necesarias para el válido, eficaz y pronto desarrollo del proceso.”* Repitiendo la tesis que se impuso en el Foro Procesal Civil y la Comisión de la Cámara de Diputados sobre el nuevo rol del juez.

A su vez, destacamos la intervención del diputado señor Pedro Araya, quien – a propósito de la iniciativa probatoria judicial – dijo: *“la preocupación que me generan estas modificaciones, que están contenidas en los artículos 290 y siguientes del proyecto, dice relación con que puede ocurrir que con el objeto*

*de conseguir tan loables propósitos, que son los que el ejecutivo invoca en el mensaje para hablar del nuevo rol del juez, a la larga se termine afectando el debido proceso, ya que con estas nuevas atribuciones el juez puede terminar perdiendo su imparcialidad, en atención a que anticipadamente, previo a la dictación de la sentencia, conociendo de los hechos puede adherir a una de las teorías del caso que exponga una de las partes, teoría del caso que por diversas razones puede resultar que no se encuentre probada adecuadamente, y el juez mediante la prueba de oficio puede terminar subsidiando, por ejemplo, a una parte que ha sido negligente en la tramitación del juicio, a través de la prueba de oficio.”*

La discusión en Sala se centró en otro punto que escapa el alcance de esta memoria: el sistema de ejecución del Código y el nuevo sistema recursivo.

En definitiva el Proyecto de Código Procesal Civil se aprobó en la Cámara de Diputados, en las materias que nos interesan, por 94 votos y sólo 1 en contra. Resultado que desnuda la escasa deliberación legislativa de un proyecto llamado a modernizar nuestra justicia civil y mercantil y dotar de un piso común a los procedimientos reformados, entre otros fines explicitados en el Proyecto, su creación y deliberación en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. El proyecto despachado de la Cámara de origen mantiene la iniciativa judicial probatoria y la homologación como instituciones que inciden negativamente en el tratamiento de los modernos medios de

prueba, sin embargo, rescatamos la eliminación de la carga dinámica de la prueba teniendo en cuenta la distorsión normativa que ella introduce en nuestro sistema civil.

### **3.- Los Modernos Medios de Prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil:**

Este acápite completa la premisa mayor sobre la cual evaluaremos las ventajas y desventajas de los dos sistemas, aparentemente antagónicos, que se nos presentan en la actualidad.

#### **3.1. Principios rectores del Proyecto de Código Procesal Civil:**

A diferencia de su antecesor, el PCPC inicia su articulado con la enumeración y descripción de los principios que lo informan, siendo probatoriamente relevantes los siguientes: impulso procesal judicial en relación a la iniciativa probatoria del juez (artículo 3° y 288 inciso segundo), oralidad (artículo 6°), inmediación (artículo 7°), concentración de las actuaciones procesales (artículo 8°).

##### **3.1.1. El impulso procesal judicial y el principio dispositivo en el PCPC:**

El artículo 2° del PCPC señala que la iniciación del proceso, como la introducción de las pretensiones y excepciones corresponde a las partes, y que al juez sólo es dable actuar de oficio cuando la ley así se lo permita. Este es el corazón del principio dispositivo que se mantiene inalterable en la Reforma.

Sin embargo, el impulso procesal varía de sujeto desde la parte en el Código de Procedimiento Civil al tribunal en el Proyecto de Código Procesal Civil, lo que es muestra de lo que parte de la doctrina sostiene como consecuencia del fenómeno de “socialización del proceso”<sup>90</sup> que implica un cambio del foco procesal desde la aportación de parte liberal a las nuevas facultades judiciales. El impulso procesal en el juez responde entonces a una afirmación dogmática: el proceso mismo es indisponible para las partes pues es una herramienta del Estado para cumplir la función pública de administración de justicia, en ese sentido, las partes sólo podrán disponer libremente de los intereses deducidos en juicio, mas no de los intereses públicos puestos en el proceso;<sup>91</sup> los profesores Harasic, Maturana y Marín justifican la disminución de atribuciones de las partes en pos de otorgárselas al juez en razón de la satisfacción de la justicia, motivo teleológico de la administración de justicia por el Estado. En materia probatoria, dicho afán de justicia se realizará a través de un proceso que sea capaz de ofrecer una sentencia conforme a la verdad material, y no necesariamente a la verdad procesal instrumental para las partes.<sup>92</sup>

En el PCPC este principio – en materia probatoria – se concretiza en la iniciativa probatoria judicial, que podrá ejercerse sin perjuicio de la aportación

---

<sup>90</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado*. En: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Civil e Ideología, un Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y Quince Ensayos*. España. Tirant Lo Blanche. 2006. p. 110.

<sup>91</sup> HARASIC YAKSIC, Davor, MATURANA MIQUEL, Cristián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil*. *Revista de Derecho Procesal* (22): 213. 2012.

<sup>92</sup> FUCHS NISSIM, Andrés. *Iniciativa Probatoria del Juez: Una Decisión Ideológica*. *Revista de Derecho Procesal* (22): 328. 2012.

de las partes al proceso, pero limitada en oportunidad, hasta la audiencia preliminar, y en su forma de ejercicio, siempre respetando el derecho a defensa de las partes. Sin perjuicio de ello, a las partes siempre corresponderá la alegación de los hechos frente al juez, rendir prueba suficiente para dar por acreditada su pretensión, y junto con ello, el juez queda atado en el mérito del proceso a los hechos efectivamente probados por las partes o que se dé por probado a través de su propia iniciativa probatoria.

### 3.1.2. El principio de oralidad, concentración e inmediación:

Estos principios están íntimamente ligados en materia probatoria y su inclusión es la innovación más importante del PCPC sobre el CPC actual. Estos dos principios no actúan en el medio de prueba en sí mismo, sino en la forma en que ésta se allega al proceso.

Ya lo adelanta el artículo 6° del PCPC al señalar que el proceso se desarrolla en forma preferentemente oral, es decir, la forma en que se instruye el proceso es a través de audiencias; entre ellas, las más importantes son la audiencia preliminar – que fija los hechos, los medios de prueba a rendir en la audiencia de juicio, la exclusión de los medios de prueba en las causales señaladas en la ley y las convenciones probatorias – y la audiencia de juicio en la cual se rendirá la prueba. De igual modo, la inmediación es una garantía para las partes en dos sentidos: en primer lugar, asegura a las partes la presencia del juez en las audiencias (sancionándose con la nulidad la delegación de funciones), y por

lo tanto, asegura que la prueba será apreciada directamente por éste para efectos de que pueda apreciar todos los detalles de ésta – ya sea allegada por las partes o por él mismo –. Lejos del sistema mediato de apreciación y contacto con la prueba en el CPC actual.

La inmediación permite al juez interactuar directamente con las partes, la prueba y los terceros en el proceso. Los matices de las declaraciones de los testigos, los peritos o los confesantes podrán ser tomados directamente por el juez para efectos de su apreciación según las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, sólo a través de la concreción de la oralidad y la inmediación en materia probatoria es que toma sentido la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica.

La concentración y continuidad de las actuaciones procesales son principios complementarios a los tratados, y permiten al juez la agilización del proceso, en la medida que no se afecte al derecho a defensa de las partes o la igualdad de oportunidades. Así las cosas, *“la finalidad de la única o de dos o más audiencias sucesivas es no perder, a causa de un proceso diluido en el tiempo, las ventajas de la inmediación en relación al juez y los elementos de prueba”*.<sup>93</sup>

Desde el punto de vista de los modernos medios de prueba las reformas del PCPC son una importantísima mejora en la eficiencia de éstos—entendida como su capacidad para dar por acreditado un hecho – ya que la libertad probatoria

---

<sup>93</sup> HARASIC YAKSIC, Davor, MATORANA MIQUEL, Cristián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Óp. Cit.* p. 244.

permite *prima facie* que éstos sean agregados al proceso en plena libertad de su naturaleza jurídica y usos probatorios, y además la presentación de las partes, o el juez, al proceso permite que el tribunal al momento de apreciarlos lo pueda hacer en plena capacidad de sus usos probatorios, a través de todos sus sentidos. Sin embargo, esto entraña un peligro latente que el PCPC deja en más evidencia que el CPC: los modernos medios de prueba en su complejidad técnica abren la puerta a que la prueba pericial se multiplique en sus usos, convirtiendo a la pericia en la reina de las pruebas técnicas, y al perito en el nuevo juez en casos de alta complejidad.

Sin embargo, ello no nos debe desviar de lo positivo, al menos en el planteamiento, de la Reforma Procesal Civil en materia probatoria: los modernos medios de prueba podrán entrar al proceso civil en plena identidad, como en los procesos reformados desde principios de la década de los noventa. Así, la Reforma Procesal Civil cumple en su planteamiento, pues es de esperar que la jurisprudencia emanada por nuestros Tribunales Superiores de Justicia pueda iluminar a los otros procesos reformados en el uso de estos medios de prueba.

### 3.1.3. El Código Procesal Civil ¿un proyecto aislado?

Como bien destaca el mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil, el Código de Procedimiento Civil es un cuerpo normativo tremendamente complejo no sólo en los trámites de los juicios ordinarios en él regulados (juicio ordinario de



mayor cuantía y juicio ejecutivo de obligación de dar) sino también en la cantidad de procedimientos que contiene – tanto contenciosos como no contenciosos – sin mencionar la enorme cantidad de normas procedimentales fuera del Código de Procedimiento. El diagnóstico que realiza el Mensaje es tremendamente acertado: la profusión de procedimientos dentro y fuera del Código es un dolor de cabeza no sólo para los usuarios del sistema judicial chileno, sino también para los estudiantes de Derecho, y mucho más para los ciudadanos *legos* que ven sus recursos e intereses jurídicos diluirse en la maraña procesal que es el sistema civil actual.

Como solución a esto, el PCPC elimina muchos de los procedimientos contenidos en su antecesor y simplemente regula el procedimiento ordinario, el procedimiento sumario, el procedimiento ejecutivo – de obligación de dar, de hacer y no hacer y la simple entrega de una especie o cuerpo cierto –, el procedimiento monitorio (para obligaciones cuyo cumplimiento no es posible a través de un juicio ejecutivo), juicio para rendir cuenta, acción de evicción, acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada y los interdictos posesorios, denuncia de obra nueva, obra ruinosa e interdictos especiales. Además, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, prevé la derogación del Código de Procedimiento en su totalidad, sin perjuicio de los juicios ya iniciados.

En el Proyecto de Código Procesal Civil no existe regulación alguna respecto de los arbitrajes – nacionales o internacionales – ni tampoco sobre salidas alternativas al proceso civil. El Mensaje del Proyecto señala que estas materias deberán ser necesariamente reguladas a través de leyes especiales que se entenderán complementarias al Código de Procesal Civil. La pregunta entonces parece obvia: si el Código Procesal Civil tiene por objeto dotar de facilidades al sistema para su comprensión y utilización por los usuarios, y junto con ello, reconociendo que la densidad legislativa distrae dicho objetivo ¿Por qué es una ventaja que el Código Procesal Civil contenga solo los procedimientos estrictamente judiciales o al menos los de mayor importancia?

Sin perjuicio de que las salidas alternativas al procedimiento no son de ningún modo tema de estudio en esta memoria, es necesario resaltar que los Códigos deberían buscar ser regulaciones orgánicas sobre la materia que tratan, y tal como es un fin del Proyecto la simplificación de los procesos civiles-mercantiles ante los Tribunales de Justicia, la regulación de las salidas alternativas del proceso debería ser parte del Código, revitalizando el proceso codificador, y dando al Código Procesal Civil la calidad efectiva de norma general y supletoria procesal en todas las áreas de aplicación, informando también, los procesos de familia, laboral, tributario e, incluso, de arbitraje interno.

### 3.2. Los modernos medios de prueba en el PCPC, cambios normativos:

El Artículo 340 del PCPC contienen la innovación probatoria más destacable del Proyecto, que nos permite abandonar el anacronismo probatorio en materia civil: la libertad probatoria, podrá agregarse cualquier medio probatorio al proceso, siempre que sea apto para producir fe del hecho que da cuenta. Sin perjuicio de ello, el Proyecto contiene de todas formas regulación sobre medios de prueba que resulta innovadora en sí misma; así, a los instrumentos, declaración de testigos, peritaje e inspección personal del tribunal regulados en el Código de Procedimiento Civil, se agregan la prueba mediante informe de organismos públicos, declaración voluntaria de la parte – que reemplaza la absolución de posiciones – y las reproducciones de hechos; junto con ello, las presunciones ya no son parte de los medios de prueba tratados por el Código, sino pasan a regularse los efectos de las presunciones, a las cuales se les exige positivamente la prueba del hecho base que las funda.

La libertad probatoria es un avance tremendo, pero explicita la exigencia de la homologación – en el inciso segundo del artículo precitado – del moderno medio de prueba al alguno de los regulados expresamente en el PCPC; sin embargo, pese a las aprehensiones ya hechas al proceso lógico de la homologación, el nuevo abanico de medios de prueba regulados es positivo, en especial la reproducción de hechos. Con todo, la forma de producción en el proceso de *“las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales o cualquier*

*otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirá en la Audiencia [de juicio] por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes”* (art. 348), esta norma es análoga a la contemplada en el artículo 307 del Proyecto de 2009, y – pese a no determinarse en naturaleza las características de los modernos medios de prueba – nos parece un avance respecto de nuestro sistema actual la reproducción de éstos.

Otra de las innovaciones del Proyecto de Código es la adopción de la carga dinámica de la prueba, regulada en el artículo 294 como una excepción a la regla general: corresponde la prueba de un elemento fáctico contenido en una norma jurídica a la parte a quién beneficie; así planteada, la carga de la prueba está distribuida en forma mucho más amplia que el artículo 1698 del Código Civil que se refiere, como principio, a las alegaciones realizadas por las partes como fundamento fáctico de su pretensión; tal como se señalará, esta determinación explicita el criterio de asignación general de la carga de la prueba en materia procesal. Sin embargo, y en función de la facultad de dirección del proceso entregada en el Proyecto al juez, éste podrá distribuir la carga de la prueba *“conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada parte en el litigio”*, la alteración deberá ser comunicada a las partes para que preparen la prueba que les corresponda. La distribución dinámica busca la justicia material del proceso, cumpliendo con el principio de igualdad de oportunidades de las partes, y hacerse cargo de las desigualdades materiales que tienen las partes que concurren muchas veces al proceso, especialmente

procurando una actividad cooperativa entre las partes para la solución del conflicto. Esta redacción emula la de la Ley de Enjuiciamiento española pero da un efecto completamente distinto a ella.

Las partes deberán ofrecer los medios de prueba de los que se harán valer en juicio en sus escritos de demanda y contestación, bajo la sanción de que no se admitirá en juicio; conjuntamente con lo anterior, tanto el demandante (art. 254 PCPC) como el demandado (art. 273 PCPC) tienen la carga de acompañar todos los documentos que sirvan de apoyo a su pretensión a sus escritos principales, o solicitar su obtención si estuviere en un lugar o fuere detentado por un tercero; el demandante – hasta cinco días antes de la audiencia – deberá pronunciarse categóricamente sobre la validez, autenticidad e integridad de los documentos acompañados por el demandado, so pena de tenerse por admitidos los hechos que consignan y le perjudicaren (art. 274 PCPC).

Con todo, las partes podrán solicitar al juez la recepción de prueba no ofrecida oportunamente, justificando no haber podido rendirla y desconocer su existencia, y el juez considere que dicha prueba es necesaria para la resolución del asunto (art. 289 PCPC).

Previa a su rendición, los medios de prueba ofrecidos serán evaluados por el tribunal en la Audiencia Preliminar, fijando en dicha audiencia los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que provengan de las alegaciones del demandante y las excepciones válidamente interpuestas por el demandado en

razón de lo señalado en el artículo 280 del PCPC. En la misma audiencia preliminar las partes podrán solicitar al juez que dé por probados desde ya ciertos hechos (convenciones probatorias), conjuntamente con ellos, el juez también podrá realizar proposiciones sobre la materia en virtud de los señalado por las partes en sus escritos de la etapa de discusión; el juez aprobará dichas convenciones probatorias cuando éstas no sean contrarias al orden público, las buenas costumbres y no atenten en contra de los derechos fundamentales, junto con ello, el juez controlará la validez del consentimiento de las partes en la convención probatoria (art. 291 PCPC). El juez también podrá excluir aquella prueba que fueren manifiestamente impertinentes o no idóneas; las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; las que resultaren sobreabundantes; las que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales o hubieren sido declaradas nulas y aquellas que recaigan sobre hechos no controvertidos – o hayan sido objeto de una convención probatoria – a menos que, se tratare de cuestiones indisponibles por las partes (art. 292 PCPC). Esta regulación sobre la prueba a rendir en juicio es también tomada de los procedimiento especiales diseñados para otras áreas del Derecho, en especial el Código Procesal Penal. La audiencia preliminar también es la oportunidad probatoria para una de las reformas más controvertidas del Proyecto de Código Procesal Civil: la iniciativa probatoria judicial (art. 288 inc. 2° PCPC). El legislador le ha de entregar al juez civil, en función de su capacidad de dirección del proceso, la facultad de decretar todas las medidas

probatorias que considere necesarias. Dicha facultad está expresamente tasada en su oportunidad procesal: hasta antes del término de la Audiencia Preliminar; y en su objeto: sólo podrán ser decretadas para el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados por las partes; por tanto, su objeto no busca el restablecimiento de un estado de justicia entre las partes, sino un mapa fáctico completo que le permita al juez la aprobación completa de la prueba allegada por las partes según las reglas de la sana crítica. Además, las diligencias así decretadas deben respetar el derecho a defensa de las partes con la posibilidad para éstas de solicitar contraprueba, conforme a lo previsto en el artículo 290 PCPC.

La oportunidad probatoria también es una novedad, emulando a los procedimientos reformados, la oportunidad principal en que se rinde la prueba en el proceso es en la Audiencia de Juicio según el artículo 286, sin perjuicio de ello, las partes podrán solicitar medidas prejudiciales probatorias “*en que exista el fundado temor que por causa de las personas o el estado de las cosas, pudiera resultar imposible o muy difícil la producción o rendición de esa prueba en la Audiencia Preliminar o de Juicio según corresponda*” (art. 161 PCPC). En la audiencia de juicio – o la oportunidad procesal procedente - los medios de prueba se rendirán conforme a lo acordado por las partes, o iniciando por la del demandante; los peritos, los testigos o las partes serán interrogados libremente por las partes o el juez, y las preguntas deberán ser pertinentes a los hechos sobre los cuales debe recaer la prueba; no podrán ser capciosas o

contradictorias, ni contener elementos de juicio que determinen su respuesta (art. 344 PCPC), e incluso – cuando incurran en graves contradicciones – el tribunal podrá someterlos a un careo respecto del punto contradictorio (art. 345 PCPC). los demás medios de prueba serán leídos o reproducidos, indicando su naturaleza, origen y antecedentes necesarios para su acertada inteligencia (art. 348 PCPC). Otra innovación del Proyecto es permitir que los testigos y peritos puedan declarar a distancia “*cuando por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar*” (art. 347 PCPC); dicha declaración se realizará mediante exhorto al lugar más cercano donde se encuentre el testigo o perito y desde deberá coordinarse la declaración para que coincida, a través de medios electrónicos, con la audiencia de juicio (art. 347 inciso tercero). Esta situación es del todo interesante, dada la libertad probatoria y la desmaterialización del proceso, que la declaración a distancia de testigos y peritos no debería ser *prima facie* a través de otro tribunal, sino directamente con el perito o testigo a declarar.

Respecto de la prueba en los recursos contemplados en el Proyecto de Código la regla del artículo 207 actual varía ligeramente: según el artículo 371 del Proyecto, en la audiencia pública para el conocimiento de la causa por el tribunal superior –reemplazando la actual “vista de la causa” – sólo será admisible la prueba estrictamente necesaria para acreditar los supuestos de hecho de la causal que motiva el recurso, siempre que ésta haya sido ofrecida en el escrito de interposición del recurso. En este caso, la prueba se rendirá



conforme a las normas establecidas para el juicio ordinario; es decir, la admisibilidad de la prueba la realiza directamente el tribunal de alzada y no la ley como en el actual sistema.

Por último, la valoración de la prueba cambia de foco, la regla general es que las pruebas rendidas serán apreciadas en conformidad con las reglas de la sana crítica, a menos que la ley otorgue una regla de valoración distinta; esta norma está principalmente diseñada para los instrumentos que no sólo hacen plena prueba en la regulación misma del Código respecto de su fecha y del hecho de haber sido otorgados (art. 306 PCPC), sino también las normas valorativas del Código Civil. Así, mientras el Código de Procedimiento Civil reserva la sana crítica para ciertos medios de prueba – peritos y el caso de pruebas contradictorias según el artículo 428 – el Proyecto de Código invierte dicha regla. Lo anterior está en plena conformidad con el cambio de total paradigma de nuestro sistema civil, además con la apertura probatoria ya analizada. El Mensaje del proyecto de Código señala que la mantención del valor probatorio fijo para los instrumentos responde a la seguridad del tráfico jurídico – dada principalmente por los actos solemnes que siguen debiendo ser probados por dicha solemnidad – pero también por el respeto a las normas sustantivas tradicionales.

### 3.3. Conclusiones al capítulo tercero

El Proyecto de Código Procesal Civil es un avance necesario en algunos aspectos, principalmente en la libertad probatoria – con límites en cuanto a la incorporación de los modernos medios de prueba – y cambio en la valoración de la prueba a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, la iniciativa probatoria judicial, la necesidad de homologación de los modernos medios de prueba, la carga dinámica y la declaración de testigos y peritos a distancia son cambios que requieren un análisis crítico basado en las ventajas y desafíos.

Con el análisis del Proyecto del Código Procesal Civil, tal como fue presentado el año 2012 al Congreso Nacional, termina el segundo capítulo de esta memoria. Los sistemas civiles analizados nos otorgan un panorama amplio y sumamente disímil en su reacción ante los requerimientos modernos que realizan los usuarios de los sistemas jurídicos a sus operadores, y en especial a la legislación y la judicatura.

### **4. Conclusiones al capítulo tercero**

Así, si bien el anacronismo del Código de Procedimiento Civil resulta evidente – y molesto en un mundo moderno – sus instituciones no son del todo asiladas, encontrando bastantes similitudes con el sistema procesal francés, argentino y español; del mismo modo, el Proyecto de Código Procesal Civil tampoco es del todo acorde con las instituciones contenidas en el Derecho extranjero, sin embargo, el esfuerzo de situarlo nuevamente como el cuerpo normativo

supletorio es del todo loable y las reformas al sistema civil van en la misma línea de los procesos reformados internos; pero ello también conlleva que instituciones y principios que nunca han estado ligados al sistema civil – adjetivo y sustantivo – aparecen en el Proyecto de Código Procesal Civil, este defecto sistemático, conjuntamente con sus defectos internos, deben ser analizados en función de las razones que llevan a ellos, y los cambios parlamentarios que los afecten. Sin embargo, desde ya nos parece destacable la inclusión de la libertad probatoria, aunque ésta no sea plena, la reproducción en naturaleza de los modernos medios de prueba, la declaración a través de métodos de transferencia de datos y la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica.

Para efectos de esta memoria, la discusión que enmarca la creación del Código Procesal Civil es extensa y denota la preocupación de tres períodos presidenciales de terminar con el proceso de reformas procesales iniciado en la década del noventa. Tanto en la creación del Foro Procesal Civil como de ambos Proyectos de ley. Por lo pronto, al no estar terminado el trámite del Proyecto en el Senado no nos haremos cargo de dicho trámite legislativo.

En primer lugar, el cambio principal en la lógica del sistema es el retroceso del principio dispositivo para otorgar mayores facultades al juez, tanto en la dirección e impulso del proceso como en la iniciativa probatoria judicial. En cambio, y en lo que estrictamente corresponde a los modernos medios de

prueba, en su tratamiento, naturaleza y otros aspectos asociados, el Proyecto queda al debe; en todo el proceso de su creación no existió una deliberación de fondo sobre los modernos medios de prueba, situación crítica a la luz del diagnóstico realizado en el propio Foro, refrendado en el proceso legislativo y demostrado en el capítulo anterior de esta memoria. Asumimos que simplemente se trató de una extensión a la Ley procesal civil de lo señalado por los otros procedimientos reformados, extensión impropia por dos razones: en primer lugar, que el Código Procesal Civil esté llamado a ser la legislación general y supletoria del resto de los procedimientos no implica que deba basarse en las mismas normas, y en segundo lugar, dado que este Código tiene tal fin, debe precaver las lagunas que dejen las normas de los otros procedimientos, lagunas jurídicas como lo son el proceso de homologación de los modernos medios de prueba según se ha demostrado.

Por último, parece loable la eliminación en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la carga dinámica de la prueba, introducida en el artículo 296 inciso segundo del Proyecto – artículo 294 dentro de la discusión parlamentaria – por dos razones preliminares: en primer lugar, es contradictorio con el fin de ser legislación general y supletoria del Proyecto de Código, pues el proceso civil-mercantil se pronuncia sobre bienes que son esencialmente disponibles para las partes y no tiene por fin la defensa de intereses públicos comprometidos o la de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, sin embargo, la carga dinámica de la prueba podría trasladarse a tales procesos

distorsionando su propio funcionamiento; en segundo lugar, porque, tal como señaló el profesor Mauricio Tapia en su exposición en la Comisión, introduce una distorsión al propio sistema civil.

Sin embargo, las conclusiones esbozadas hasta el momento – y en general, cualquier conclusión de esta memoria – en ninguna forma es pesimista sobre la Reforma al Proceso Civil iniciado, y son optimistas del trabajo legislativo que ocurra en el Senado y una eventual comisión mixta sobre el Proyecto, incluso es posible extenderlo sobre los actos administrativos para la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y su “marcha blanca” en los tribunales del país.

## CONCLUSIONES

En este último capítulo nos haremos cargo de las aseercciones realizadas en los capítulos anteriores, de manera que realizaremos un trabajo comparativo entre el Código de Procedimiento Civil y el Proyecto de Código Procesal Civil, incluyendo las visiones doctrinarias que informan ambos Códigos y su reacción a los modernos medios de prueba como desafío a abordar por los sistemas probatorios que ofrecen.

Así, primero analizaremos el conflicto latente para el sistema civil de los principios que informan cada proceso, recalcando la importancia de un principio dispositivo pleno, como rescatando la inclusión de los principios de la inmediación efectiva, la oralidad y la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. Nos haremos cargo también de la crítica a la iniciativa probatoria judicial y al método de homologación a efectos de incorporar los modernos medios de prueba al proceso y a la carga dinámica de la prueba tal como aparece en el Proyecto presentado a deliberación legislativa del Código Procesal Civil.

## 1. Los principios formativos del procedimiento, su importancia y recepción en ambos cuerpos legales:

### 1.1. El rol del principio dispositivo en materia civil:

El principio dispositivo – y el inquisitivo como antípoda – buscan determinar a qué sujeto procesal corresponde el impulso del proceso para la obtención de su fin primordial: la resolución de un conflicto jurídicamente relevante. El principio dispositivo entrega dicho impulso a las partes, desde su inicio y durante toda su continuación. La jurista María Victoria Berzosa Francos ha señalado que el principio dispositivo: *“traslada al ámbito procesal un modelo económico y jurídico que otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de las partes, reconoce sus derechos subjetivos y parte de una distinción clara entre intereses públicos y privados.”*<sup>94</sup>

En consecuencia, la elección entre un sistema de impulso procesal entregado a las partes o al órgano jurisdiccional entraña necesariamente la definición sobre los intereses del proceso en juego y la preeminencia de unos sobre otros. Así, el impulso de oficio conlleva la inclusión del interés público en un conflicto particular, e incluso sostener, como lo hace el jurista italiano Francisco Carnelutti: *“El interés de las partes es un medio, en virtud del cual se realiza la finalidad pública del proceso, o en otros términos: el interés en conflicto es aprovechado para la composición del conflicto”*... *“por lo tanto, no es el proceso*

---

<sup>94</sup> BERZOSA FRANCOS, María Victoria (1998). Tal como aparece en: HARASIC YAKSIC, Davor, MATURANA MIQUEL, Cristián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Óp. Cit.* p. 209.

*quien sirve a las partes, sino las partes al proceso.*<sup>95</sup> Por otro lado, el jurista Eduardo Couture señala que la satisfacción de intereses esgrimidos en el proceso es de carácter simultáneo, sin embargo, el proceso cumple primeramente una función privada, así: *“La primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser, pues, una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido.”* Luego indica que siendo la satisfacción del interés privado – al menos en el proceso civil – de orden preeminente, luego se satisface la proyección social del proceso.<sup>96</sup>

Es acertada la tesis del profesor Couture, delimitando al fin público que ciertamente cumple el proceso, una posición mediata respecto de las partes. Así, es evidente que el proceso es indisponible para las partes en juicio, toda vez que no pueden alterar sus normas básicas al ser éstas de orden público e involucrar garantías fundamentales – por ejemplo, el núcleo contenido en la garantía constitucional del debido proceso en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República – y las facultades jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia o, en general, todo órgano que ejerza jurisdicción; este es

---

<sup>95</sup> CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y SENTÍS MELENDO, Santiago. Buenos Aires. Uteha. 1944. t. I.

<sup>96</sup> COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª Edición. Buenos Aires. Roque Depalma. 1958. pp. 146-147.



el piso sobre el que las partes se encuentran al momento de requerir la intervención del juez sobre un conflicto de relevancia jurídica; pero una vez requerida por las partes la tutela jurisdiccional a sus derechos, la satisfacción de las garantías constitucionales de carácter procesal y la función de los órganos que ejercen jurisdicción ya han satisfecho el interés público institucional comprometido en la administración estatal de justicia. Tal como señala el profesor Carnelutti: *“...Tanto de los poderes y de las sujeciones a las normas como de las obligaciones y de los derechos con respecto a la norma, consiste precisamente su eficacia, es decir, su idoneidad para conseguir la finalidad, y puesto que, en definitiva, el medio elemental con el que actúan las normas es la obligación, nada más justo que tal eficacia se exprese igualmente como obligatoriedad o fuerza obligatoria.”*<sup>97</sup>

Una vez que se da este presupuesto – básico para la existencia y justificación del proceso como monopolio estatal – las partes, a través de la satisfacción de sus pretensiones son las que evaluarán la eficiencia del órgano estatal para la resolución del conflicto jurídico; de tal manera que, siendo este el interés preponderante de las partes, será lógico que sean ellas las dueñas del proceso desarrollado en concreto, pues sólo ellas están en la mejor posición en la evaluación de sus intereses (la pretensión, los hechos que la sustentan y la forma de probarlos). La decisión del tercero imparcial, por tanto, sólo probará ser justa en la medida que los usuarios del sistema jurídico tengan la convicción

---

<sup>97</sup> CARNELUTTI, Francisco. *Óp. Cit.* p. 90.

de que el resultado jurisdiccional se apegó a las normas del sistema jurídico vigente y el respeto a las garantías fundamentales. Así, una vez satisfecho este interés preponderante será la sociedad la que podrá evaluar la justicia que entrega el sistema procesal civil imperante, dicha sensación general de justicia – relevante para la persecución de la “socialización del Derecho procesal” – estará dada por la sensación generalizada de los usuarios del sistema que han visto sus intereses amparados por éste.

Este interés público prevalente – en virtud del cual se justificaría un impulso procesal radicado principalmente en el juez que conoce de la causa – se evidencia en los procedimientos penales, de familia y, en menor medida, en los procedimientos laborales. Ahora bien – a efectos de nuestro análisis – rescataremos el proceso de familia con un interés público prevalente aún dentro del ordenamiento civil, así lo ha señalado la profesora Helena Soletto Muñoz: *“En los procesos de familia se ve trastocada la estructura tradicional del proceso civil, acercándose sus principios rectores a los propios del sistema inquisitivo, dada la concurrencia de elementos tales como el interés del menor, que lo apartan de una concepción patrimonialista del proceso. Por otra parte, debe tenerse en cuenta el grado de trascendencia en el individuo de las resoluciones civiles de familia, que se asemejan en cierta manera a las resultantes de un proceso penal, en el que los derechos fundamentales pueden*

verse limitados.”<sup>98</sup> Resulta evidente que ventilándose en juicio intereses como la protección de la familia (cualquiera sea la configuración que ella tome), o del matrimonio, o de derechos fundamentales como la identidad biológica de una persona, la intervención del juez en el proceso – a efecto de alcanzar certeza sobre la verdad material de los hechos esgrimidos en el proceso – sea mayor a aquellos juicios en que se ventile sólo intereses de carácter patrimonial.

Es palpable el interés público en materia de familia a través de las exigencias que el propio legislador realiza en ciertos actos; por ejemplo, en un juicio de divorcio tanto unilateral cuando el demandado se ha allanado a la demanda o en los casos de divorcios solicitados de común acuerdo por los cónyuges, la ley de igual forma exige que se acredite efectivamente que los cónyuges no han reanudado del vínculo matrimonial con ánimo de permanencia según señala el artículo 55 inciso primero de la Ley N° 19.947, dando plena aplicación al principio de protección del matrimonio. De igual modo, aunque se trate de un asunto patrimonial, la injerencia del juez en juicios de alimentos, incluyendo el cumplimiento de los mismos, se justifica en función de la posibilidad de decretar como apremio la prisión del ejecutado, excepción a la prohibición de prisión por deudas. Por otro lado, aún en el proceso penal, que justifica también el acercamiento al principio inquisitivo e impulso de oficio,<sup>99</sup> el sistema ha

---

<sup>98</sup> SOLETO MUÑOZ, Helena. *El interés público en los procesos de familia*. Revista de Derecho de Familia (18): 27. 2003.

<sup>99</sup> Los profesores HARASIC y MATURANA y MARÍN (*Óp. Cit.* p. 212.) llaman la atención sobre la contradicción lógica en restar facultades al juez penal basado en la imparcialidad debida por el órgano

reaccionado para basarse en el principio dispositivo con la creación del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública como órganos expertos en la aplicación del Derecho penal sustantivo.

Lo descrito no implica que se deniegue todo interés público en el proceso civil, por ejemplo, siempre que actúe el Fisco habrá un interés público involucrado en la mantención o acrecentamiento del erario, habrá también un interés público involucrado siempre que estén en juego la parte civil de garantías fundamentales, sin embargo, tales circunstancias son siempre eventuales y de ninguna forma pueden alterar la base y el diseño mismo del sistema procesal civil.<sup>100</sup> Sin embargo, es menester recalcar que el interés público está dado por el carácter de los asuntos ventilados en juicio y su importancia para la sociedad, y no por la calidad de las personas que participen en él.

La aplicación plena del principio dispositivo en el proceso civil se encuentra también justificado por su conexión con el derecho sustantivo, cuyo principio basal es la *autonomía de la voluntad*, que – tal como ya se ha señalado en el Capítulo II de esta memoria – en material procesal es proyectado a través del principio dispositivo. Por lo tanto, nos remitiremos a lo ya dicho, recalcando que la plena correspondencia entre el Derecho procesal y el derecho sustantivo civil y mercantil nos permite una base filosófica armoniosa necesaria en un

---

jurisdiccional, y por otro aumentar las facultades del juez en materia civil donde predomina la autonomía de la voluntad.

<sup>100</sup> Tal es, por ejemplo, la opinión vertida por don Sergio Urrejola, Presidente del Consejo de Defensa del Estado en la etapa de discusión del Proyecto de Código Procesal Civil en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados. Sesión 189ª de fecha 9 de julio de 2012.

ordenamiento jurídico. Tal es la importancia del principio dispositivo en relación a la autonomía de la voluntad que se ha sostenido que: “*El Estado ha de actuar en la medida en que sea solicitada en su intervención por los particulares, y debe hacerlo únicamente al son o ritmo tocado por las partes. De ahí que se considerara como objetivo último del ordenamiento jurídico garantizar los derechos individuales dentro del proceso.*”<sup>101</sup> El principio dispositivo, a efecto de poner el proceso a disposición de las partes, y consecuentemente la posibilidad de prever y solicitar su cumplimiento compulsivo sostiene también la seguridad jurídica del sistema civil y baja los costos de transacción de los actos jurídicos.

Por cierto, reconocer un interés eminentemente privado en el proceso – a través del principio dispositivo – tiene como efectos: 1) que las partes son las únicas con la capacidad de dar inicio al proceso; 2) de definir la manera de defensa de sus derechos subjetivos sustantivos y procesales; 3) definiendo también la competencia del juez; 4) son las únicas que pueden alegar circunstancias de hecho; y tal como las partes son libres de iniciar el proceso, 5) son libres de definir sobre las formas de terminación del mismo;<sup>102</sup> por último, en aplicación plena del principio en comento, 6) son las únicas que pueden aportar prueba al proceso a efecto de acreditar los hechos que alegan.<sup>103</sup> Ciertamente el Proyecto de Código Procesal Civil respeta los efectos 1, 2, 3 y 5 del principio dispositivo,

---

<sup>101</sup> SÁNCHEZ GALLEGUILLOS, Edith y FRITZ WELDT, Fernando. *El Impulso en el Proceso Civil*. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 1975. p. 95.

<sup>102</sup> HARASIC YAKSIC, Davor, MATURANA MIQUEL, Cristián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Óp. Cit.* p. 214-215.

<sup>103</sup> SÁNCHEZ GALLEGUILLOS, Edith y FRITZ WELDT, Fernando. *Óp. Cit.* p. 38.

pero – a través de la iniciativa probatoria judicial – las características 4 y 6 son de dudoso reconocimiento en éste. En cambio, el Código de Procedimiento Civil también recoge plenamente el principio dispositivo en su articulado, sin embargo, respecto de la aportación de parte, las medidas para mejor resolver son un atenuante a dicho principio al tenor de las facultades probatorias amplísimas que el artículo 159 de dicho Código le entrega al juez de la causa.

## 1.2. Oralidad e Inmediación:

El principio de oralidad se refiere a la forma en que han de desarrollarse las actuaciones procesales preferentemente a través de audiencias. Por otro lado, el principio de escrituración preferirá que las actuaciones procesales sean a través de presentaciones escritas al tribunal y las resoluciones serán expedidas por el juez del mismo modo, a su vez, de las actuaciones que se realicen oralmente – como la declaración de los testigos o la inspección personal del tribunal – serán agregadas al proceso a través de actas levantadas al efecto. Sin embargo, la doctrina ha señalado que ninguno de ambos sistemas es puro, sino un sistema oral u escrito será caracterizado así en la medida que uno predomine sobre el otro.<sup>104</sup>

En el Proyecto de Código Procesal Civil, predominan las actuaciones orales, reduciendo las actuaciones escritas a sólo las practicadas durante la etapa de discusión del juicio, en virtud de ello, se agregan al proceso la Audiencia

---

<sup>104</sup> CABRERA HERNÁNDEZ, Daniel. *Óp. Cit.* p. 27.

Preliminar y la Audiencia de Juicio, en ésta se agregará al proceso la prueba producida por las partes (y el tribunal) en forma oral.

Es irrelevante para la aplicación del principio de oralidad dentro de un sistema procesal la forma de registro del proceso; es decir, el proceso se sustancia y se compone de las actuaciones realizadas por el juez o las partes en forma oral, más el registro y conservación de dichas actuaciones puede tomar cualquier forma capaz de dar fe de su conservación e integridad, tal como señala el artículo 81 del Proyecto de Código Procesal Civil.

Se destaca dentro de los procedimientos orales la relación directa que mantiene el juez con las partes del proceso en las audiencias que lo componen – dando aplicación plena al principio de inmediación dentro del sistema – como también con la prueba producida dentro de éste.<sup>105</sup> La relevancia de la inclusión de la oralidad como principio formativo del procedimiento en el Proyecto de Código Procesal Civil radica en dos aspectos: en primer lugar – y tal como ya lo hemos afirmado – es funcional a este cuerpo normativo como legislación general y supletoria de los procedimientos reformados que admite a la oralidad como principio formativo; y en segundo lugar, la oralidad es funcional a la inclusión plena de otros principios formativos del procedimiento tales como la inmediación, la libertad probatoria y la valoración libre de la prueba, en estos dos últimos aspectos, la importancia de la oralidad está dada por la posibilidad

---

<sup>105</sup> MONTERO AROCA, Juan et al. *El Nuevo Proceso*. En: HARASIC YAKSIC, Davor y MATURANA MIQUEL, Cristián. *Óp. Cit.* p. 232.

de apreciación de la prueba por el juez en la audiencia misma, y por lo tanto, de la ventaja que los sujetos procesales acompañen la prueba al proceso en naturaleza, tal interpretación de la importancia de la oralidad como principio formativo del procedimiento es sostenida incluso por organismos destinados a la aplicación de los Pactos Internacional de Derechos Humanos.<sup>106</sup>

El principio de inmediación se refiere a la relación que establece entre los sujetos procesales, los actos del proceso y la prueba que en éste se produce; si esta relación es directa se dará aplicación al principio de inmediación, estando este principio formativo del procedimiento directamente vinculado con los procesos orales.<sup>107</sup> Lino Enrique Palacio define de esta manera la inmediación en sentido estricto, vinculado a los procesos orales – aunque dicha vinculación no es necesaria – excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento por el juez.<sup>108</sup>

Ahora bien, dentro de nuestro sistema procesal civil vigente predominantemente escrito la inmediación no tiene mucha cabida sino en algunos casos como por ejemplo: la inspección personal del tribunal y el procedimiento de denuncia de obra ruinosas – que también requiere la inspección personal del tribunal – según señala el artículo 571 del CPC. Aunque tradicionalmente se ha señalado como

---

<sup>106</sup> DUCE, Mauricio, MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. *Reforma a los Procesos Civiles Orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la Información*. [en línea] Estudios. Centro de Estudios de la Justicia de las Américas. 2008. p. 37. <[http://works.bepress.com/felipe\\_marin/4/](http://works.bepress.com/felipe_marin/4/)> [fecha de consulta: 23 de octubre de 2016].

<sup>107</sup> CABRERA HERNÁNDEZ, Daniel. *Loc. Cit.* p. 30.

<sup>108</sup> PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1967. t. I.



manifestaciones del principio de inmediación la recepción de prueba testimonial y la confesión en juicio – como medio de prueba o como gestión preparatoria de la vía ejecutiva – en tales trámites la actuación procesal es realizada por un receptor judicial (prueba testimonial) o por un funcionario del propio tribunal no habiendo un contacto directo entre el juez y la prueba producida. En contraposición, el Proyecto de Código Procesal Civil inicia asegurando la presencia del juez en las audiencias en que se desarrolle el juicio.

La importancia de la inmediación radica en dos aspectos fundamentales: en primer lugar, asegura la presencia física del juzgador y, en consecuencia, permite a las partes y a los sujetos que intervengan en el proceso el conocimiento efectivo de quién emite las resoluciones del proceso; más aún, en la presencia del juzgador en la dictación de la sentencia definitiva, debiendo justificar la fijación de los hechos, la ponderación de la prueba y las consideraciones de Derecho de ella, tiene un efecto importantísimo en la justificación social de las resoluciones judiciales, vital en una sociedad democrática. Por otro lado, asegura el contacto directo entre las probanzas rendidas en el proceso con quien debe realizar su ponderación, en este sentido, el juez podrá apreciar el lenguaje no verba de los participantes en el proceso, especialmente la declaración de las partes, testigos y peritos.<sup>109</sup> Pero por otro lado asegura el control del juez sobre la producción de la prueba en el proceso:

---

<sup>109</sup> HARASIC YAKSIC, Davor, MATURANA MIQUEL, Cristián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Óp. Cit.* p. 237.

uno de los aspectos es asegurar el descubrimiento de la prueba que han de utilizar las partes en juicio, y en una etapa procesal posterior, la depuración de la información de la información dando posibilidad a la contraparte de contraexaminar la prueba producida por la contraria, tal como han señalado los autores Duce, Marín y Riego ya citados: *“Esto último se justifica en que es la contraparte quien está en las mejores condiciones de conocer y preparar su caso con detalle, además de tener el mayor interés en demostrarle al tribunal las deficiencias de la versión de la otra parte.”*<sup>110</sup> En consecuencia, a efecto de depurar la información, ciertamente un medio probatorio que ha pasado el contraexamen de la parte contraria, en teoría, debería ser más confiable y cercana a la verdad de los hechos alegados. Otro aspecto, vinculado con la necesidad de que la prueba se produzca en naturaleza ante la presencia del juez en la audiencia destinada a la recepción de la prueba, es la posibilidad de control que tiene el juez sobre las circunstancias que rodean al medio de prueba para la calidad de la información que contiene. Así, por ejemplo, la diferencia entre la declaración jurada de un testigo plasmada en un documento – aunque ante un ministro de fe – y la declaración que presta el testigo ante el tribunal radica en que el juez puede controlar que el testigo no reciba presión o ayuda de terceros para darla, y en consecuencia, que su declaración sea sobre los hechos que él efectivamente ha percibido.

---

<sup>110</sup> DUCE, Mauricio, MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. *Óp. Cit.* p. 50.

En definitiva, el principio formativo de intermediación como garante del control que tiene el juez sobre la producción de la prueba en juicio, y consecuentemente, de la garantía al debido proceso, es funcional a la legitimidad de las resoluciones judiciales. En este sentido, compartimos lo señalado por Duce, Marín y Riego: *“... Entendemos que al disponer de reglas de la prueba avanzadas en cada uno de estos componentes tendremos el supuesto básico necesario para obtener un juicio oral eficiente en el control de la calidad de la información ingresada a él y, por lo tanto, para obtener decisiones judiciales fundadas en información de mayor confianza que hagan a esas mismas decisiones más confiables.”*<sup>111</sup> Además, y en relación con las instituciones probatorias en el diseño de un sistema procesal, asegura la eficiencia y aplicación efectiva de la libertad probatoria y la ponderación de la prueba según las reglas de la sana crítica.

## **2. Instituciones probatorias de los sistemas procesales civiles analizados:**

### **2.1. Iniciativa probatoria judicial y principio de aportación de parte, integración de los Códigos procesales en el sistema sustantivo.**

El problema de la iniciativa probatoria en materia procesal civil deviene de la preponderancia que se dé en un sistema al principio de aportación de parte o, por el contrario, se otorguen facultades de iniciativa probatoria al juez que conoce de proceso. Por un lado, el Código de Procedimiento Civil sólo reconoce

---

<sup>111</sup> *Ibíd.* p. 47.

como facultades probatorias del juez las medidas para mejor resolver señaladas en el artículo 159, facultades que – aunque amplias – sólo pueden decretarse en subsidio de lo probado anteriormente por las partes y sólo en los supuestos señalados por la ley; por otro, el Proyecto de Código Procesal Civil incluye la iniciativa probatoria judicial en su artículo 288 inciso segundo, con la limitación de respetar el derecho a defensa y contemplando la posibilidad de que las partes, en el mismo acto, soliciten diligencias de contraprueba al efecto.

El problema que entraña dicha discusión se funda en tres aspectos: el primero es el rol de la verdad fáctica en dicho sistema civil, el segundo son las características materiales de las partes para aportar la prueba al proceso y, por último, la relación entre el principio dispositivo como principio de aportación de parte y las garantías procesales en materia civil.

Respecto de la función de la verdad en el proceso civil por un lado se sostiene que el rol del proceso es la búsqueda de la verdad de los hechos como efectivamente ocurrieron, y que las pruebas son instrumentales para alcanzar dicho fin.<sup>112</sup> El alcance de la verdad material en el proceso toma relevancia con el surgimiento de las teorías sobre el fin público del proceso, concretizándose la relación entre la socialización del proceso y la actividad probatoria que se desarrolle en éste; en la opinión de Joan Picó I Junoy: “*En la medida [que el juez] tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera*

---

<sup>112</sup> TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos. Tal como aparece en:* FUCHS NISSIM, Andrés. *Óp. Cit.* p. 323.

*que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función.” Las funciones que la ley pone a disposición de juez tienen por objeto alcanzar la justicia.<sup>113</sup> Por otro lado, parte de la doctrina defiende el rol de la verdad como uno de carácter formal dentro de un sistema ordenado a través del principio dispositivo como manifestación procesal de la autonomía de la voluntad. Así, el jurista Juan Montero Aroca señala que cualquier manifestación de iniciativa probatoria radicada en el juez tiene por fundamento la desconfianza del sistema en los abogados de las partes, y además señala que: “*el proceso regulado conforme al principio de contradicción se basa en ‘la verdad’ de cada una de las partes y en la existencia de un tercero imparcial que no se convierte en investigador de los hechos objetivamente existentes, sino en simple verificador de los hechos afirmados por cada parte, con los elementos probatorios que propongan las partes y respetando las reglas del procedimiento que se convierten en garantías para las partes.*”<sup>114</sup>*

Así pues, el proceso civil cumple un fin eminentemente privado, de satisfacción primaria del interés de las partes en juicio, y en función de dicho interés se satisfará el interés público en el proceso. Es por ello que sostenemos como manifestaciones de dicho interés privado la mantención de la autonomía de las partes, conservar la paz social – a través de este fin privado – y la plena

---

<sup>113</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *Loc. Cit.*

<sup>114</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Civil e Ideología, un Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y Quince Ensayos*. España. Tirant Lo Blanche. 2006. pp. 161-163.

vigencia del principio dispositivo en todas sus manifestaciones.<sup>115</sup> En este último aspecto, señalamos también que es un aspecto del principio dispositivo que sólo las partes pueden allegar prueba al proceso a fin de acreditar la ocurrencia de las circunstancias fácticas que sustentan su pretensión. Por lo tanto, tal como el rol de la verdad es meramente instrumental a las pretensiones hechas valer en el proceso, entonces sólo las partes tienen interés en su demostración ante el órgano judicial.

La iniciativa probatoria judicial también afecta la igualdad de las partes. Éste, en materia civil, descansa en que dos particulares acuden al juez para la solución de un conflicto jurídico relevante en un plano de igualdad formal, es decir, al proceso civil le es indiferente la calidad material de las partes, sino que éstas se miren como iguales en el ejercicio de sus derechos subjetivos; lo anterior en ningún caso implica que al Derecho procesal o sustantivo le sean indiferentes las diferencias materiales que tengan las partes.

Sin embargo, tal como señala el profesor Iván Hunter Ampuero, es el Derecho sustantivo el llamado a solucionar las deficiencias materiales que tengan las partes mediante normas protectoras.<sup>116</sup> El Derecho sustantivo ha reaccionado en función de protección a la parte más débil, estableciendo un sistema de presunciones en distintos ámbitos del Derecho Civil, por ejemplo, la presunción

---

<sup>115</sup> FUCHS NISSIM, Andrés. *Óp. Cit.* p.322.

<sup>116</sup> HUNTER AMPUERO, Iván. *La Iniciativa Probatoria del Juez y la igualdad de Armas en el Proyecto de Código Procesal Civil.* *Revista Ius et Praxis* 17(2): 60. 2011.

de culpa en responsabilidad contractual (art. 1547 inciso tercero del Código Civil), la presunción de culpa en materia de responsabilidad extracontractual (art. 2329 inciso primero del Código Civil),<sup>117</sup> como a través de la reasignación de la carga de la prueba (art. 1698 C.C.) en casos de facilidad probatoria.<sup>118</sup>

En los términos del profesor Hunter Ampuero: “[en artículo 5° del PCPC sobre igualdad de armas] *supone que las partes ya están en un plano de igualdad, de ahí que el juez deba simplemente mantenerla.*”<sup>119</sup> En consecuencia, no le corresponde al juez, desde la perspectiva de igualdad de las partes, decidir o subsidiar a las partes en su propia actividad de probatoria, dado que de hacerlo se estaría convirtiendo él mismo en un agente lesivo de dicha igualdad. Es por ello, desde el punto de vista de diseño del sistema probatorio, el legislador debe respetar la capacidad de las partes de probar sus propias pretensiones sin interferencia alguna, pues – como ya hemos señalado – las partes son quienes están en mejor posición para defender sus pretensiones, como hacer ver las deficiencias de la pretensión contraria.<sup>120</sup>

Ahora bien, sostendremos también que el principio de aportación de parte, como manifestación del principio dispositivo es parte de las garantías procesales para las partes en materia civil; en este sentido, rescatamos lo

---

<sup>117</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2010. pp. 147-151.

<sup>118</sup> BRAVO HURTADO, Pablo. *Derrotabilidad de la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Contractual: Hacia la Facilidad Probatoria en Chile*. *Revista Chilena de Derecho Privado* (21): 43. Diciembre, 2013.

<sup>119</sup> HUNTER AMPUERO. *Óp. Cit.* p. 68.

<sup>120</sup> DUCE, Mauricio, MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. *Loc. Cit.* p. 50.

señalado por el profesor Hugo Botto Oakley quien sostiene que es parte de la garantía al debido proceso – reconocida en nuestra Constitución en el artículo 19 n° 3 y en los tratados internacionales ratificados por Chile – un procedimiento y una investigación racionales y justos, siendo derivación necesaria de ello, la imparcialidad judicial, señala que siempre que un juez decreta diligencias probatorias está afectando la imparcialidad, pues está prejuzgando.<sup>121</sup> A su vez, se ha replicado a este argumento señalando que al decretar diligencias probatorias el juez no tiene cómo saber si ha de perjudicar a una parte, favoreciendo a la otra, de manera que dicha actividad no está encaminada a formar convicción sobre las pretensiones, sino sobre la ocurrencia misma de los hechos que forman el litigio;<sup>122</sup> esta afirmación no tiene asidero en la marcha misma del proceso, pues al decretar diligencias probatorias el juez necesariamente ya ha conocido – en la etapa de discusión del juicio – la acción y la defensa hecha valer por el demandante y el demandado, y por lo tanto, conoce los supuestos fácticos en que ambas partes sustentan sus pretensiones. Por ejemplo, si la acción deducida en juicio es una acción pauliana, necesariamente ha de saber que corresponderá la prueba del acto de desprendimiento del demandado y del fraude pauliano al demandante, como de los hechos que el demandado alegue, ya sea que no ha existido el acto o que no existe tal fraude pauliano; lo mismo ocurriría en una acción de

---

<sup>121</sup> H. Cámara de Diputados, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Sesión 182ª celebrada el 11 de junio de 2012.

<sup>122</sup> FUCHS NISSIM, Andrés. *Óp. Cit.* p. 349.



responsabilidad civil, le corresponde probar al demandante los elementos de la responsabilidad aquiliana y al demandado desvirtuarlos, etc. Suponer, desde una aproximación netamente procesalista, que el juez no sabe *ex ante* a quién habrá de beneficiar las diligencias probatorias que decrete luego de la etapa de discusión del juicio, implica suponer también la ingenuidad judicial.

Por otro lado, se señala que las limitaciones impuestas al juez en el artículo 288 inciso segundo del Proyecto de Código Procesal Civil son suficientes para desvirtuar cualquier argumento que se base en la vulneración a la garantía a un debido proceso. Así, por un lado, las diligencias probatorias decretadas por el juez sólo pueden ordenarse para acreditar los hechos alegados por las partes, y por otro, al asegurar la posibilidad de contraprueba y el derecho a la defensa es posible contradecir las diligencias decretadas.<sup>123</sup> Reconocemos que la posibilidad de solicitar diligencias de contraprueba es una atenuante a la facultad probatoria plena que tiene el juez, sin embargo, ello no disminuye por ello el riesgo de prejuzgamiento en que ya incurrió al decretar pruébalas diligencias probatorias; más aún, tal situación afecta la seguridad jurídica, puesto que las partes – antes del proceso – no solo deberán realizar un análisis prospectivo respecto de la prueba que tenga su contraparte, sino también con las posibles diligencias que pueda decretar el juez, obligando a las partes a aumentar los costos del proceso, al internalizar ambas circunstancias en el análisis de sus medios de prueba disponibles.

---

<sup>123</sup> *Ibíd.* p. 338.

El profesor Hunter Ampuero señala que: “*En los ordenamientos que potencian la actividad probatoria del juez, casi sin limitación, una actuación desmesurada del juez puede romper esa igualdad al liberar totalmente a las partes de las cargas, afectando de esa forma su imparcialidad.*”<sup>124</sup> En definitiva nos parece insuficiente la delimitación hecha en el Proyecto de Código Procesal Civil, pues la correcta delimitación de la actividad probatoria del juez no se da a través de una limitación dirigida a él mismo – en los términos del artículo 288 del Proyecto de Código Procesal, respetando el derecho a defensa y la posibilidad de contraprueba – sino a través de un sistema recursivo de control directo sobre el juez, situación que en el Proyecto no ocurre, la revisión del proceso necesariamente ocurre una vez finalizada la primera instancia.

Por otro lado, se argumenta que el principio de aportación de parte – caracterizado en el brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*<sup>125</sup> – no integra las acepciones del principio dispositivo, basal en el

---

<sup>124</sup> HUNTER AMPUERO, Iván. *Óp. Cit.* p. 61. Sin embargo, el propio profesor Hunter Ampuero señala que no es lógico sostener que cualquier intervención probatoria del juez implica la pérdida de imparcialidad de éste. Sino que defiende una posición subsidiaria del juez, cerrando el catálogo probatorio disponible por las partes, integrando la prueba con otros medios que las partes, por cualquier motivo no hayan querido acompañar.

<sup>125</sup> El jurista Juan Picó I Junoy sostiene que se ha malinterpretado este brocardo, siendo en realidad *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Señala dicho autor que, entonces, dicho brocardo no tiene por fin referirse a que la actividad probatoria se radique únicamente en las partes, sino a la prohibición para el juez de pronunciarse en la sentencia sobre hechos no alegados por las partes, o no probados en el proceso valiéndose para ello de su conocimiento privado. Para nuestros efectos, el entendimiento correcto de un latinajo no implica desvirtuar en forma alguna la tesis de fondo, y por lo tanto, es sólo la enunciación de una máxima jurídica aunque sin fuerza doctrinaria por sí misma. Esta interpretación aparece en: PALOMO VÉLEZ, Diego. *JOAN PICÓ I JUNOY. El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Percepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su Repercusión Actual. Revista de Derecho de Valdivia 21(2): 293-294. Diciembre, 2008.*

sistema civil. Sin embargo, la parte de la doctrina que sostiene un fin privado del proceso civil, sostiene además que el principio de aportación de parte es una de las acepciones clásicas del principio dispositivo, basado en las sociedades liberales.<sup>126</sup>

Así, la idea del principio dispositivo como integrante de las garantías procesales deviene desde la concepción misma de sociedad en la que estamos insertos. Tal como sostiene el profesor Cristián Maturana Miquel, las modalidades eficientes de los mecanismos de resolución de conflictos se construyen en base a una sociedad democrática,<sup>127</sup> y en el caso de la nuestra, y en lo referido a materia civil, se han acogido plenamente los principios del liberalismo clásico. Es por ello que no es posible sostener que el principio de aportación de parte – como acepción del principio dispositivo – no tiene asidero como integrante de las garantías procesales civiles, puesto que tales garantías no solo implican un límite al actuar del legislador, sino también importan directrices para las instituciones que se derivan de éstas.

Es por lo expuesto que resulta como conclusión forzosa que, en materia civil, el principio de aportación de parte debe regir en plenitud, pues este deriva del rol mismo de la verdad formal en el proceso, resguarda el principio de igualdad

---

<sup>126</sup> En este sentido: PALAVECINO CÁCERES, Claudio. *Sistemas Procesales e Ideologías*. Revista Derecho y Humanidades (17): 19-20. 2011. Señala que el principio dispositivo con tiene por origen la administración de justicia helénica, pero que sus manifestaciones como el principio de aportación de parte tiene por origen histórico el liberalismo clásico.

<sup>127</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián. *La Debida, Pronta y Eficiente Solución de los Conflictos Laborales*. La Semana Jurídica (343): 3. Junio, 2007.

procesal de las partes y tiene su directo asidero en el principio dispositivo como integrante del debido proceso en materia civil. Es por ello que debe rechazarse cualquier intervención probatoria del juez en el proceso al afectar con ello la plena libertad de las partes en el proceso y, con ello, el fin primordial del mismo, debiendo guardar plena correspondencia con la legislación sustantiva. En definitiva, parece más concordante con los principios y garantías expuestos el sistema diseñado en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.

## 2.2. Incorporación de los modernos medios de prueba al proceso.

Este acápite de esta memoria abordará en forma crítica la reacción de los sistemas procesales civiles analizados, y especialmente la forma de incorporación de los modernos medios de prueba al proceso a través del proceso de homologación.

### 2.2.1. Crítica al sistema de homologación del Código de Procedimiento Civil.

Al momento de referirnos a los modernos medios de prueba en la regulación del Código de Procedimiento Civil nos encontramos con el siguiente panorama: su omisión en las normas positivas del Código, salvo por la audiencia de percepción documental del artículo 348bis.; una jurisprudencia que se ha pronunciado escasamente sobre los modernos medios de prueba, y que en los casos que lo ha hecho ha sido en forma errónea; y una doctrina que ha intentado salir al paso del anacronismo del Código sobre los modernos medios

de prueba señalando que su forma de incorporación es a través del método de homologación.

Este método corresponde a un esfuerzo jurisprudencial y doctrinario para dotar de cierta flexibilidad al artículo 341 CPC al enfrentarse a medios de prueba no señalados en él. La homologación es, por tanto, un método que busca evitar una laguna dentro de nuestro sistema procesal empujado por el principio de inexcusabilidad de los jueces de fuente tanto constitucional (art. 76 inciso segundo CPol) como legal (art. 10 COT y art. 170, n° 5 CPC), enfrentados a un medio de prueba no señalado en el artículo 341 CPC, el juez que conoce de la causa deberá, en primer lugar, intentar agregarlo al proceso mediante su comparación con el más análogo, o bien – solo si este método no puede realizarse – declararlo inadmisibile y no tenerlo en cuenta al momento de dictar sentencia. Ahora bien, el proceso de homologación tiene dos errores, uno ideológico que, tal como adelantamos, supone que todo avance tecnológico es siempre una mejora de los medios de prueba tradicionales y por tanto no supone una nueva forma de fijación de los hechos; y otro práctico la homologación es un proceso lógico que permite unir dos elementos en base a su cualidades en común, si un moderno medio de prueba no tiene un punto en común con alguno de los del artículo 341 este medio de prueba no podrá ser agregado al proceso, al no poder hacerse cargo de elementos *no clasificables* el Código de Procedimiento Civil tiene una traba en cuanto a poner el proceso a disposición de las partes. Los dos problemas descritos sustentan una única

conclusión: el proceso se estanca al hacer frente a cambios tecnológicos. Por lo tanto, los dispositivos de almacenamiento óptico y virtual sólo serían útiles como un mero soporte, las páginas de internet y las bases de datos serán meros instrumentos, las mediciones biométricas y tratamiento de rasgos biométricos serán acompañadas al proceso como informes periciales.

El panorama es adverso, la falta de regulación en la legislación positiva, pero sumado a una jurisprudencia que se ha pronunciado en forma deficiente sobre los modernos medios de prueba hechos valer en juicio tiene como consecuencia dos efectos nocivos para nuestro sistema. En primer lugar, las fuentes del Derecho más importantes nos han dado una regulación escasa y errónea sobre los modernos medios de prueba, así, por ejemplo, respecto del valor probatorio y naturaleza jurídica del Internet lo ha homologado erróneamente a los instrumentos siendo que difiere diametralmente de éstos. En segundo lugar, si la jurisprudencia no es capaz de pronunciarse sobre estos medios de prueba en plenitud, haciendo referencia a su naturaleza jurídica, posibles usos probatorios y limitaciones de los mismos, entonces los modernos medios de prueba no se han regulado en atención a estos aspectos, lo que es un déficit insostenible en el mundo moderno, y limita a las partes en la forma que deberán probar sus pretensiones.

Esta situación lleva a la siguiente conclusión forzosa: los modernos medios de prueba no tienen acogida dentro de la regulación del Código de Procedimiento

Civil; así, al tensionar el sistema – buscando la regulación en atención a sus propias características – no han logrado una respuesta positiva o jurisprudencial satisfactoria. En consecuencia, el sistema civil actual ha sido sobrepasado por estos medios de prueba y urge un mejoramiento total del sistema probatorio mismo.

#### 2.2.2. Prospección del estado de los modernos medios de prueba en el PCPC.

##### Libertad probatoria.

El Proyecto de Código Procesal Civil se sustenta en bases ideológicas sobre el proceso que nos parecen equivocadas. Sin embargo, y siguiendo el camino de los procedimientos reformados, innova en cuanto a la admisibilidad y producción de los medios de prueba en el proceso civil.

Así, es un cambio radical y muy beneficioso en la construcción de un proceso civil con libertad de prueba, tanto en los medios de prueba que pueden utilizarse como en la forma que éstos han de producirse en juicio. En este sentido son claves las normas del artículo 340 y 348 inciso segundo en el articulado original del Proyecto. Sin embargo, es problemática la redacción del inciso segundo del propio artículo 340, que explicita la regla de la homologación respecto de los modernos medios de prueba. Dicha norma tensiona innecesariamente el sistema de producción respecto de éstos. La necesidad de homologación o analogía de un medio de prueba no expresamente regulado puede tener como explicación la necesidad de someterlo a las formas de

autenticación o acreditación establecidas en la ley para un medio de prueba que sí lo esté, de forma que, desde el punto de vista de construcción de un sistema probatorio sin prueba legal, el juez – y las partes – conozcan de antemano la manera de mantener o aumentar la calidad de información que el moderno medio de prueba da cuenta. Sin embargo, dicha posición no encuentra sustento en un sistema cuyo método de valoración de la prueba rendida es la sana crítica, puesto que los medios de prueba – cualquiera sea su naturaleza – necesariamente ha de ser tasado y apreciado por el tribunal de acuerdo a las máximas de la experiencia, el conocimiento científicamente afianzado y las reglas de la lógica, y por lo tanto, debe ser concordante con el resto de la prueba rendida en el proceso. En consecuencia, los modernos medios de prueba no requieren de homologación si al momento de ser reproducidos en la instancia procesal respectiva han de ser apreciados – y autenticados – por el resto de la prueba en el proceso.

Así pues, tal como está diseñado el sistema, respecto de los medios de almacenamiento óptico o virtual, dicha norma es innecesaria, puesto que – al mandar que su producción en la Audiencia de Juicio sea mediante la reproducción del mismo – el control del juez sobre este proceso es directo, basta su reproducción mediante cualquier medio idóneo, en consecuencia, la regla de la homologación mantiene a los modernos medios de prueba en prácticamente la misma situación que el Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, medios de prueba como las páginas de Internet o bases de datos pueden



ser clasificadas en dos de los medios de prueba regulados: ya sea como instrumentos o como simples hechos cuya producción sea a través de la Inspección Judicial (art. 334) o Reproducción de hecho (art. 336).

Los medios de prueba que se verifiquen a través de la captación y transmisión de datos están expresamente regulados en la norma del artículo 347, tal norma permite la declaración de testigos o peritos cuando se encuentren a larga distancia, con tal de que el control de las circunstancias que rodeen la declaración sea encargado a un juez del lugar donde se encuentre el declarante. Esta norma es problemática sólo en un supuesto: que el testigo o perito se encuentren en un lugar que haga muy difícil o dispendiosa su declaración ante el tribunal exhortado; el Proyecto no entrega una regla explícita, pero el inciso final de dicha norma nos lleva a suponer que tal forma de llevar a cabo la declaración es inadmisibles. Por otro lado, los medios de captura y tratamiento de rasgos biométricos generalmente han de someterse a un peritaje a efecto de su estudio y comprensión por parte de juez.

Ahora bien, el Proyecto contiene además dos hipótesis de exclusión de medios de prueba: la exclusión propiamente tal y las convenciones probatorias. Respecto de éstas resultan necesarias para que las partes tengan claro – en forma tajante y perentoria – los hechos que han de requerir ser probados en la Audiencia de Juicio, la inclusión de esta institución en materia civil permite el cumplimiento de dos objetivos: primero, los hechos no controvertidos del

proceso estarán plenamente afirmados en él, como también, que propende a acuerdos entre las partes que tiendan a alivianar la carga procesal en ellas mismas como la del tribunal. Por otro lado, la institución de la exclusión de prueba también tiende a la economía procesal, excluyendo medios de prueba que resulten impertinentes a efecto de acreditar los hechos alegados por las partes, en esta categoría entran las causales: prueba manifiestamente impertinente, prueba sobre hechos públicos y notorios – dado que la prueba sobre ellos no tiende a hacerlo más o menos plausible, ya que no requieren prueba –, la que recae sobre hechos no controvertidos y las sobreabundantes; todo ello, a menos que se trate de cuestiones indisponibles para las partes. Tratamiento separado requiere la exclusión de prueba por ser lesiva de derechos fundamentales.<sup>128</sup> De cualquier modo, los modernos medios de prueba reaccionan a estas instituciones de modo análogo al resto de los medios de prueba.

Así las cosas, es efectivo que el Proyecto de Código Procesal Civil tiene un sistema de producción y exclusión de prueba que nos parece correcto y suficiente como avance respecto del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, es problemática la necesidad de homologación de los modernos medios de prueba respecto de los expresamente regulados.

---

<sup>128</sup> La exclusión de prueba ilícita excede con creces el objetivo que tiene esta Memoria. Con todo, los modernos medios de prueba se someten sin problema alguno a esta causal de exclusión.

### 2.2.3. Forma ideal de incorporación. Libertad probatoria plena.

Ahora bien, un sistema ideal de incorporación de los modernos medios de prueba descansa sobre el axioma fundamental que la libertad probatoria plena moderniza el sistema completo, y permite tanto acercar administración de justicia a los justiciables – dando legitimidad al sistema probatorio – como también agiliza el proceso y tiende a cumplir con la economía procesal. La libertad probatoria plena implica la conjunción de tres instituciones probatorias: la incorporación de los medios de prueba – y especialmente los modernos medios de prueba – en naturaleza, la exclusión de la analogía para la producción de los modernos medios de prueba y la posibilidad de control del juez sobre la calidad de la información como también sobre los elementos del debido proceso en materia probatoria.

En este entendido, ciertamente una norma como la contenida en el artículo 340 inciso segundo PCPC aparece como innecesaria, la homologación como método de incorporación al proceso de medios de prueba sólo tiene sentido en un sistema de prueba legal o tasada. Desde luego, por la propia forma de incorporación de los modernos medios de prueba al proceso; la incorporación en naturaleza tiene dos efectos en cuanto a la facilidad probatoria: primero, le corresponderá al juez de la causa delimitar el sentido y alcance del moderno medio de prueba presentado, determinando su naturaleza jurídica, sus usos y limitaciones probatorias, como también la forma en que la parte que presenta el

medio de prueba tendrá que otorgar a la contraparte la posibilidad de aprehensión sobre éste y el contraexamen; y segundo, no sujeta al sistema probatorio a la existencia de puntos en común de un medio de prueba regulado a otro que sea desconocido para el sistema, correspondiéndole al juez de la causa fijar casuísticamente la forma de control que deberá ejercerse sobre éste, tanto para resguardar la calidad de la información como el debido proceso en materia probatoria.

Un segundo aspecto que incide en la libertad probatoria plena es la necesidad de justificación de las sentencias. En este sentido el artículo 206 PCPC sobre contenido de la sentencia definitiva de primera instancia da la pauta sobre la correcta justificación fáctica de la decisión jurisdiccional, señalando en su número 4° que deberá contener *“la exposición clara, lógica y suficiente de cada uno de los hechos y circunstancias que se estimen establecidos por haber sido admitidos por las partes, por ser el resultado de convenciones probatorias o bien por estimarse liberados de prueba”* y agrega el número 5°: *“El análisis y valoración individual y conjunta de toda la prueba rendida, incluso aquella que fuere desestimada... señalando con precisión los hechos y circunstancias establecidos y el razonamiento que conduce lógicamente a esa estimación”*.

Las disposiciones transcritas – que agregan elementos que las disposiciones sobre contenido de las sentencias en el actual sistema civil, el penal y el de familia no tienen – ordenan que el juez exteriorice y plasme en la sentencia definitiva todos los elementos probatorios que fueron pertinentes para dar por

acreditados o no los hechos alegados por las partes. Es vital entonces la fórmula del análisis individual y colectivo de la prueba respecto de los modernos medios de prueba, pues así no requieren de una certificación previa en relación a los medios de prueba regulados, pues dicho mérito – protector de la calidad de la información que forma la convicción del juez – es otorgado por el conjunto de medios probatorios aportados por las partes. Esta justificación completa sobre el funcionamiento de los medios de prueba en relación a la convicción que alcanzó el juez en el caso concreto tiene dos efectos: apoyar la futilidad de una regla de homologación, como también – al explicitar de tal forma la motivación de las sentencias – lograr un mayor grado de legitimidad de éstas en una sociedad democrática.

Este punto tiene una íntima relación con el sistema de valoración de la prueba propuesto en el Proyecto de Código Procesal Civil: la valoración según las reglas de la sana crítica, que sin perjuicio que su análisis y valor será analizado en un acápite posterior, desde ya es posible rescatar su valor para producir el efecto descrito en el párrafo anterior: la fundamentación lógica y explícita de las sentencias. La sana crítica está íntimamente ligada con la libertad probatoria plena, puesto que mandata al juez a realizar un análisis en conjunto de los medios de prueba aportados por las partes y su relación de pertinencia con los hechos litigiosos, y junto con ello el mérito y mérito conjunto.

Por último, el sistema cuenta con métodos para asegurar el control del juez sobre el debido proceso. Así las cosas, la oportunidad procesal para ofrecer la prueba al proceso está expresamente tasada en el Proyecto de Código Procesal Civil, tanto respecto de los documentos acompañados a los escritos fundantes de discusión, la individualización de los testigos y peritos, y la singularización del resto de los medios de prueba. La sola mención de los medios de prueba por cierto no satisface la necesidad de la contraparte de conocer los medios de prueba a efecto de preparar su defensa como la contradicción a ésta, sino que se satisface con la aprehensión y acceso a la prueba de la contraria. En este sentido, y respecto de los modernos medios de prueba, aparece como evidente la necesidad de tener acceso a los discos o dispositivos de captura, almacenamiento, transmisión y tratamiento de la prueba, como también el acceso a las bases de datos en forma efectiva, tanto a los datos en sí mismo como al mecanismo de tratamiento y recuperación de éstos.

Ahora bien, el sistema de control que tenga el sistema sobre la incorporación en naturaleza de los modernos medios de prueba tiene especial relevancia en torno al rol de la prueba pericial en relación a los métodos de captura y tratamiento de rasgos biométricos. En general, el peritaje se centrará en la comparación, autenticación y certificación de la correspondencia entre cierto rasgo biométrico medido y un sujeto determinado; el riesgo que dicha actividad entraña es la posibilidad que el juicio se centre en el informe pericial y con el

perito reemplazando la función del juez en cuanto a la calificación de los hechos. Es por ello, que el sistema judicial debe contemplar reglas de discriminación de información sobre el peritaje. Dicha discriminación puede recaer sobre la persona del perito o sobre el contenido del informe. Al discriminar sobre quién puede o no ser perito el sistema no está reaccionando en cuanto al medio de prueba en sí mismo, como tampoco en cuanto a su forma de producción, en consecuencia, es inadecuado optar por tal sistema normativo. En cambio – tal como lo hacen los procesos reformados – la inhabilidad no está tasada en la ley, sino la cualificación del perito se determinará por la propia interrogación y conainterrogación de las partes; en este entendido *“la calificación de la experticia del perito en los sistemas anglosajones se efectúa por ‘conocimientos, destrezas, experiencias, entrenamiento o educación’, pudiendo el tribunal controlar esta calificación del experto con la finalidad de que la información entregada por el perito sea científica y técnicamente viable.”*<sup>129</sup> Así, el juez tiene directa incidencia en el control de la calidad de la información obtenida a través del peritaje, sometiéndolo a la propia consideración respecto de los medios de prueba restantes – por ejemplo, la base de datos misma donde se encuentren almacenados los rasgos biológicos medidos y comparados –, como también aplicar a la pericia la necesidad de confiabilidad basado en el método utilizado para emitir el informe y la aceptación de dicho método por la comunidad

---

<sup>129</sup> AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. *Algunos Aspectos Relevantes de la Prueba Pericial en el Proceso Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 19(1): 341. 2012.

científica que sirve de base al mismo.<sup>130</sup> En este sentido, la libertad probatoria – y esta apreciación cruzada sobre el mérito mismo del peritaje con el resto de la comunidad científica y los otros medios de prueba del proceso – resulta fundamental para que *“el perito no usurpe la función jurisdiccional del juez y para que éste pueda controlar cabalmente si el dictamen cumple o no los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria.”*<sup>131</sup>

En consecuencia, a la luz del propio diseño del Proyecto de Código Procesal Civil, lleva a concluir que la idea de homologación en un proceso con libertad probatoria es innecesaria, y debe avanzarse hacia un sistema de libertad probatoria plena y de producción de la prueba en cuyo control se encuentre el juez que conoce de la causa.

### 2.3. Carga de la prueba.

La sana crítica es una institución importante en materia probatoria puesto que permite discernir a cuál de las partes han de afectar las consecuencias de no haber aportado prueba suficiente al proceso para acreditar su pretensión.<sup>132</sup> La carga de la prueba es relevante en materia civil en un sistema con inexcusabilidad judicial.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> *Ibíd.* p. 340.

<sup>131</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Óp. Cit.* p. 347.

<sup>132</sup> VÁSQUEZ GUÍÑEZ, Claudia Andrea. *Óp. Cit.* pp. 31-32.

<sup>133</sup> PEYRANO, Jorge W. *La Carga de la Prueba*. [en línea] Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016].



En este sentido, y tal como ya se ha señalado, la carga de la prueba en materia procesal está asignada para la parte que persigue los efectos jurídicos de la norma jurídica que sustenta su pretensión, como también la necesidad de que dicha asignación se encuentre explícita en la norma para hacerla aplicable al proceso,<sup>134</sup> de modo que la asignación de la carga de la prueba en materia procesal excede el ámbito de las normas sustantivas; al respecto, el artículo 1698 del Código Civil determina el *onus probandi* en materia de obligaciones, que si bien contiene un principio general al respecto, no es posible sostener la exclusividad de la determinación de las instituciones probatorias en el Derecho sustantivo.<sup>135</sup>

El Proyecto de Código Procesal Civil, en su artículo 294 inciso segundo, introduce la posibilidad al juez de reasignar la carga de la prueba “*conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación...*” esta reasignación tiene como fundamento subyacente “*la asimetría existente, muchas veces, entre las partes, en la idea de economía procesal y en la búsqueda de la verdad material.*” buscando, además, un mayor involucramiento del juez y una actitud

---

<sup>134</sup> VÁSQUEZ GUÍÑEZ, Claudia Andrea. *Loc. Cit.* p. 25.

<sup>135</sup> Esta posición es defendida por el profesor Mauricio Tapia, quien señala que: “*Si bien, el derecho adjetivo se encarga de regular los pormenores de la actividad probatoria, las normas básicas sobre prueba de las obligaciones son parte del derecho sustantivo... Estas normas probatorias corresponden a normas materiales que integran el contrato o que regular el actuar de las personas en sus relaciones con los demás.* TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Comentarios al Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil. Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado* (4): 252. Diciembre de 2013.

proactiva de las partes en la búsqueda de la verdad del proceso.<sup>136</sup> La autora María de los Ángeles González Coulón señala como requisitos – no necesariamente positivizados – para la aplicación de la carga dinámica de la prueba: la referencia a la carencia de medios de prueba o insuficiencia de esta por una de las partes, como por otro lado, que la otra parte se encuentre en una situación de disponibilidad o facilidad probatoria respecto de los medios de prueba que carece la contraria.<sup>137</sup> En materia civil – que descansa bajo el presupuesto de igualdad de las partes – la alteración de la carga de la prueba, en materia procesal, debe obedecer razones de carácter excepcionalísimas.

Ahora bien, la misma autora distingue procedimientos de varias áreas del Derecho que contienen grados de desigualdad material entre las partes, entre ellos destaca los procedimientos de familia – especialmente el de filiación –, el laboral, competencia desleal, contratos simulados e incluso el proceso ejecutivo. En los dos primeros casos la situación es obvia, pues efectivamente el Derecho de familia y el Derecho laboral reconocen asimetrías entre las partes y se sostienen – como base fundante – sobre la corrección de tales asimetrías, por ejemplo, a través del principio *pro operario* del Derecho del Trabajo o el interés superior del niño en materia de familia; en los otros procesos, las partes deben mirarse con un prisma de igualdad al momento de concurrir al proceso.

---

<sup>136</sup> GONZÁLEZ COULÓN, María de los Ángeles. *La Carga Dinámica de la Prueba*. Revista de Derecho Procesal (22): 363. 2012.

<sup>137</sup> *Ibíd.* pp. 379-381.

En consecuencia, para resguardar la seguridad jurídica *prima facie*, la ley debe señalar taxativamente los casos y razones para alterar la carga de la prueba.

Precisamente, la innecesariedad de establecer la carga dinámica de la prueba en materia procesal civil está dada por razones tanto sustantivas como procesales. En ese primer orden de cosas, la legislación sustantiva contiene normas y criterios que permiten alterar la asignación original de la carga de la prueba: la presunción de dominio del artículo 700 inciso segundo del Código Civil – para precaver la prueba “diabólica” del dominio –, la presunción de buena fe que ampara la normalidad del tráfico jurídico, las presunciones de culpa en materia de responsabilidad, entre otras, son formas que tiene el derecho sustantivo de restablecer el equilibrio probatorio entre las partes acercando al sistema civil sustantivo a un modelo de facilidad probatoria; en consecuencia, el Derecho sustantivo se ha hecho cargo de morigerar las asimetrías materiales entre las partes,<sup>138</sup> no correspondiéndole al diseño de sistema probatorio sobreabundar en ello, y de paso, introduciendo alteraciones indebidas y “por rebote” del sistema sustantivo, tal como las ha señalado el profesor Mauricio Tapia según ya se ha citado.

Por otro lado, se sostiene la carga dinámica de la prueba en un proceso que se base en un fin público – cuya objeción ya hemos formulado en el primer acápite de este capítulo – y en una actividad proactiva de las partes en alcanzar la

---

<sup>138</sup> HUNTER AMPUERO, Iván. *Loc. Cit.* p. 60.

verdad material en juicio. Ahora bien, para desechar esta idea, el jurista Juan Montero Aroca ha señalado: “*Las ‘reglas del juego’, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores (con las consecuencias aparejadas a ellas), naturalmente, pero a éstos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El ‘juego’ se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial.*”<sup>139</sup> La institución de la carga de la prueba se basa, precisamente en incentivos normativos a alguna de las partes para probar los hechos que lo benefician en la aplicación del derecho reclamado,<sup>140</sup> no para satisfacer un interés conjunto en el proceso.

Ahora bien, se ha señalado que la carga dinámica de la prueba ha tenido recepción en sistemas procesales como los de Francia (art. 11 *Code de Procedure Civile*), España (art. 217.7 LEC) e Inglaterra (“*pre-action protocols*”). El caso español ya fue abordado, a este respecto, se ha señalado por la doctrina española que el artículo 217.7 se refiere a la facilidad probatoria al momento de apreciar la prueba,<sup>141</sup> mas no de una regla de reasignación de la carga de la prueba *ex ante* de que ésta se produzca. Por otro lado, las “*pre-*

---

<sup>139</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Óp. Cit.* p. 162-163.

<sup>140</sup> BRAVO HURTADO, Pablo. *Óp. Cit.* p. 35.

<sup>141</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *Loc. Cit.*

*action protocols*” inglesas tampoco buscan este fin, sino la realización y concretización del *discovery* sobre los medios de prueba que tiene la contraparte, de modo que “[c]on las ‘pre-action-protocols’ ha establecido deberes de información con sanciones procesales en costos económicos concretos, lo que motiva a brindar la información sobre material fáctico y probatorio incluso antes del inicio del proceso para poder evitar y ahorrarse un litigio”, así planteadas, las medidas de descubrimiento no son una carga, sino propiamente obligaciones procesales;<sup>142</sup> misma lógica que informa el artículo 11 del *Code de Procedure Civile* francés.<sup>143</sup> Como ya se ha señalado, el deber de *disclosure* de los medios de prueba de una parte no tiene por fundamento la colaboración en el proceso y alcanzar la verdad material en el mismo, sino amparar el derecho a defensa y contradictorio de la parte que no tiene acceso a dicha prueba.

En consecuencia, la carga dinámica de la prueba introducida en el Proyecto de Código Procesal Civil no tiene asidero en el sistema sustantivo que rige – que tiene sus propios métodos de equiparación de las partes – como tampoco en el Derecho comparado analizado en el capítulo II de esta memoria. Además de recordar su exclusión del proyecto de ley.

---

<sup>142</sup> STÜRNER, Rolf. *La Obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (30): 252. 2008.

<sup>143</sup> «Les parties sont tenues d’apporter leur concours aux mesures d’instruction sauf au juge à tirer toute conséquences d’une abstention ou d’un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l’autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d’astreinte. Il peut, à la requête de l’une des parties, demander ou ordonner, au besoin de la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s’il n’existe pas d’empêchement légitime».

#### 2.4. Sana crítica, el sistema óptimo de valoración de la prueba:

Por último, para cerrar el análisis al sistema probatorio es esencial referirse al sistema que el legislador ha optado para valorar la prueba, el proceso de apreciación de la eficacia de los medios de prueba allegados al proceso.<sup>144</sup> El sistema del Código de Procedimiento Civil es uno de prueba legal o tasada, señalándole al juez taxativamente los medios de prueba que disponen las partes (art. 341 CPC), el valor probatorio que tienen dichos medios de prueba y el método de resolución de conflicto entre ellos, ya sea a través de normas especiales (*vr. g.* art. 709 CC o art. 429 CPC) o a través de una regla de clausura (art. 428 CPC).<sup>145</sup> Según el jurista español Juan Carlos Cabañas García, entre las muchas razones que puede haber para establecer un sistema de prueba legal o tasada “... *finalmente se reducen a dos: el deseo de una certidumbre invariada en el resultado de la resolución de ciertas materias litigiosas y, no en menor grado, una evidente desconfianza hacia la figura del juez, cuya actuación pretende enervarse por este conducto.*”<sup>146</sup> Así descrito, el sistema de prueba legal o tasada busca que la figura del juez se reduzca a un mero comparador entre medios de prueba pero conjuntamente con ello, el alzamiento de los documentos como el medio de prueba de mayor valor probatorio. En este contexto los modernos medios de prueba son “una piedra

---

<sup>144</sup> CASARINO VITERBO, Mario. *Loc. Cit.* p. 48.

<sup>145</sup> CABRERA HERNÁNDEZ, Daniel *Óp. Cit.* p. 41.

<sup>146</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. *La Valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil: Estudio Dogmático y Jurisprudencial.* Madrid. Trivium. 1992. p. 70.

en el zapato” para el legislador, puesto que no corresponden a los medios de prueba originalmente tasados por éste, y su valor probatorio solo depende de que el proceso de homologación sea exitoso, pese a que – al mérito del proceso – sea evidente que el moderno medio de prueba es la prueba más eficaz. Es desde esta perspectiva que los modernos medios de prueba pujan por un cambio en el sistema de apreciación de la prueba, dotando al juez de mayor confianza, otorgándole mayor libertad para la apreciación de la prueba junto con la necesidad de mayor fundamentación de sus sentencias.

Ante esta situación el método más eficaz para darle una plena cabida a los modernos medios de prueba al sistema procesal civil es el de la sana crítica, que el jurista Hugo Alsina – comentando el Reglamento para el Consejo Real de España – delimita como: *“la libertad que se concedía al juez no importaba que pudiera apreciar el testimonio a su arbitrio, sino mediante un razonamiento lógico y aplicando los datos que suministra la experiencia de la vida. Las reglas, pues, de la sana crítica no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas variables en el tiempo y en el espacio.”*<sup>147</sup> En esta delimitación, la jurisprudencia ha profundizado en el contenido de las reglas de la sana crítica.<sup>148</sup> Al respecto ha señalado que conforman las reglas de la lógica la de identidad, la de

---

<sup>147</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. 2ª edición. Buenos Aires. Ediar. 1956. t. I.

<sup>148</sup> ECS. 29.5.2012. Tal como aparece en: HUNTER AMPUERO, Iván. *Control Judicial de las Reglas de la Sana Crítica (Corte Suprema)*. *Revista de Derecho (Valdivia)* 25(1): 247. 2012.

contradicción, el tercero excluido, y la razón suficiente, por cierto, la principal regla de la inducción lógica – y base del método de subsunción – es el silogismo categórico. Las máximas de la experiencia como *“un criterio objetivo, interpersonal o social [...] que son patrimonio del grupo social [...] de la psicología, de la física y de otras ciencias experimentales.”*<sup>149</sup> Y el conocimiento científicamente afianzado como: *“Saberes técnicos, que han sido respaldados por el mundo científico. Por su propia naturaleza este conocimiento también goza del mismo carácter objetivo que las reglas de la lógica.”*<sup>150</sup> Sin embargo, advierte la Excelentísima Corte Suprema que ninguno de estos tres aspectos es suficiente por sí mismo, sino que requiere necesariamente de una conjunción de estas reglas.

Con todo, la autonomía de los jueces para valorar la prueba a través de las reglas de la sana crítica implica una mayor responsabilidad en el ejercicio mismo de ponderación de la prueba, tal como ha afirmado la Excma. Corte Suprema: *“La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden en la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador [...] Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer conclusiones pertinentes en cuando a los*

---

<sup>149</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tal como aparece en: Ibíd. p. 247.*

<sup>150</sup> *Ibíd.*



*hechos y fijar la forma en que éstos sucedieron. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*<sup>151</sup> En definitiva, el proceso de valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica supone la concreción de un sistema de libertad plena de integración de los modernos medios de prueba al proceso civil, analizando en primer lugar su naturaleza, y luego, el mérito cruzado que éstos tienen con el resto de los medios de prueba aportados al proceso.

Con todo, un sistema de valoración según las reglas de la sana crítica implica la exteriorización por parte del juez el razonamiento que le lleva a afirmar la ocurrencia o no de los hechos que sustentan las pretensiones de las partes. La necesidad de fundamentación de las sentencias tiene base constitucional puesto que ello es consecuencia de la interpretación del artículo 19 n° 3 inciso 5° y del artículo 73 de la Constitución Política de la República,<sup>152</sup> que se concretiza en el mismísimo sistema de valoración, y se corresponde con “*un discurso justificativo estructurado sobre explicaciones racionales; el juez debe articular en la sentencia un conjunto de razones posibles y de ser compartidas*

---

<sup>151</sup> ECS. 29.2.2012. Tal como aparece en: FUENTES MAUREIRA, Claudio y VARGAS PAVEZ, Macarena. *Derecho Probatorio de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado* (18): 245. 2012.

<sup>152</sup> GUZMÁN TAPIA, Juan. *La Sentencia*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1996. pp. 93-94.

*por los distintos sujetos que participan en el desarrollo del proceso y que tiendan a justificar su decisión.”<sup>153</sup>*

En definitiva, el sistema óptimo para la valoración de los medios de prueba en el proceso civil es según las reglas de la sana crítica, puesto que ello permite concretizar en el fallo la libertad probatoria plena propuesta, como también entrega a los Tribunales revisores – y, por cierto, a la sociedad toda – el control y revisión de la fundamentación fáctica de las resoluciones judiciales. Es por ello que la redacción del artículo 295 del Proyecto de Código Procesal Civil es adecuada a alcanzar dichos fines, que debe ser necesariamente analizado junto con el artículo 206 ya analizado del Proyecto.

### **3. Conclusiones finales, el sistema probatorio propuesto.**

Luego de lo expuesto se propone un sistema probatorio que descansa íntegramente sobre el principio dispositivo y, como manifestación de éste en materia probatoria, **sobre el principio de aportación de parte**, por ser éstos principios los que permiten concretizar la libertad que gozan las partes en materia sustantiva, como permitir de mejor forma alcanzar los fines del proceso en esta rama del Derecho. En consecuencia, debe rechazarse y eliminarse del Proyecto de Código Procesal Civil todo elemento que implique que el juez pueda afectar dicha libertad probatoria. Lo anterior no solo implica la

---

<sup>153</sup> HUNTER AMPUERO, Iván. *Control Judicial de las Reglas de la Sana Crítica (Corte Suprema)*. Óp. Cit. p. 251. Mismo criterio que señala la propia Excelentísima Corte Suprema en el fallo ya citado de fecha 29 de febrero de 2012.

eliminación de la norma contenida en el artículo 288 inciso segundo PCPC, sino el rechazo a la creación en el Proyecto de Código diligencias como las medidas para mejor resolver vigentes en el Código de Procedimiento Civil; y por lo tanto, debe adoptarse una norma análoga a la del artículo 278 inciso segundo del Anteproyecto de Código Procesal Civil, prohibiendo en forma expresa cualquier tipo de diligencia probatoria decretada por el juez. Del mismo modo, es menester, para efecto de dar plena eficacia a al principio de aportación de parte, que el sistema probatorio esté basado en el principio de oralidad y de inmediación, que aseguran la reproducción en naturaleza de los medios de prueba presentados al proceso, como también la posibilidad de control por parte del juez sobre dichos medios de prueba.

La plena adopción de un sistema basado en el principio dispositivo no obsta el cumplimiento del principio de igualdad de armas consagrado en el artículo 4° PCPC, sino éste debe ser entendido en el mismo sentido que el *overriding objective* inglés, asegurando a las partes el pleno ejercicio de sus derechos en un plano de igualdad, de manera que la igualdad de armas de las partes en el proceso propenda a la libertad de éstas.

Un sistema probatorio que se sostenga principalmente en la aportación de parte no implica de forma alguna que el juez queda impedido de toda forma de control sobre la prueba que se acompañe al proceso. La fijación de los hechos sobre los cuales debe recaer la prueba – pertinentes, sustanciales y controvertidos –,

la posibilidad de excluir la prueba por impertinente o ilícita y la de proponer y aprobar las convenciones probatorias no se oponen a la esencia del principio de aportación de parte, y tales instituciones buscan evitar costos a las partes como resguardar la economía procesal. En este sentido, es menester establecer una norma general similar a la *Rule 32.1.* del sistema inglés, que precisamente entrega al juez la posibilidad de dar directrices a las partes sobre su actividad probatoria.

Ahora bien, el diseño de este sistema probatorio ideal solo busca que la prueba producida por las partes **sea incorporada al proceso a través de su incorporación y producción en naturaleza.** Sólo a través de ello se podrá superar la tensión introducida por los modernos medios de prueba al sistema, dotándolo de elasticidad y dinamismo para afrontar cambios tecnológicos en la captación, tratamiento, reproducción y transmisión de hechos, cualquier sea la forma en que éstos tomen, ya sea paquetes de datos, imágenes fijas, audios, videos, audio y video, documentos, etc. Para dicho efecto, el Proyecto no puede descansar en el método de homologación, sino entregarle dicha capacidad directamente al juez de la causa a través de una fórmula parecida a la del artículo 378 del Código argentino: “*en la forma que establezca el juez*” o del art. 299.3 LEC: “*Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto [en su regulación y certificación] pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.*” Adoptando un sistema de libertad

probatoria como lo establecen los sistemas de España, Inglaterra y Gales y Argentina.

Lo anterior implica también entregarle plenas facultades al juez para ejercer el control sobre la certificación cruzada de los medios de prueba y asegurar el contra examen de la parte contraria sobre los medios de prueba. Por otro lado, al entregarse al juez la facultad de incorporar en naturaleza los modernos medios de prueba al proceso, la forma en que éste lo haga será una cuestión de Derecho entregada al control por los Tribunales superiores a través de un recurso de casación, o de cualquier recurso destinado a revisar eventuales infracciones de Derecho. Esto pues la incorporación o producción no es una cuestión que diga relación a la fijación de los hechos o su valor probatorio, materias entregadas a los jueces de fondo, sino sobre la naturaleza del medio de prueba mismo.

Dichas facultades deben ser usadas en forma especialmente rigurosas en la incorporación de medios de prueba como las bases de datos y los dispositivos de captación, almacenamiento o transmisión de datos; o sobre la producción de medios de prueba como la declaración a distancia de peritos o testigos en los casos que no sea posible su declaración personalmente en la Audiencia de Juicio. Así las cosas, esto permite que medios de prueba de difícil tratamiento y control como los descritos tengan plena eficacia en el sistema civil.

Por último, es menester referirse a dos instituciones fundamentales. La primera de ellas es la carga de la prueba, ésta debe ser fija, pues sólo con ello es posible mantener una plena concordancia entre el sistema civil sustantivo y el procesal, además de mantener el equilibrio formal entre las partes. Sin perjuicio de ello, no obsta a la adopción de estándares que propendan a la facilidad probatoria sobre algunas materias, pero la adopción de ellos es un asunto de Derecho sustantivo y no procesal. Por otro lado, y según ya se ha destacado, el sistema de valoración de la prueba debe ser según las reglas de la sana crítica, puesto que sólo a través de este sistema de certificación conjunta de los medios de prueba es que puede llevarse a cabo la libertad probatoria plena. Ello cumple tres fines, la socialización y legitimación democrática de las resoluciones judiciales, la incorporación plena de los modernos medios de prueba, y – junto con la posibilidad directa que el juez se involucre en la incorporación y producción de estos medios de prueba – la creación de una jurisprudencia robusta sobre los modernos medios de prueba que posibilite, en primer lugar, la determinación jurídica de los modernos medios de prueba, como un análisis prospectivo de la incorporación de nuevas tecnologías al proceso.

Este sistema ideal es ciertamente más cercano a la redacción del Proyecto de Código Procesal Civil que el sistema probatorio actual del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el avance de aquel es incompleto sin considerar una base que permita su relación con la legislación sustantiva; del

mismo modo, el diseño de las instituciones propuestas permite superar en aspectos determinantes sobre incorporación de la prueba, control sobre ésta, producción y valoración de los medios de prueba las tensiones que introducen al sistema los modernos medios de prueba.

## Bibliografía

1. 1998 N° 3132 (L. 17). The Civil Procedure Rules. Statutory Instruments. Reino Unido. 26 de abril de 1999. pp. 173.
2. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. *Algunos Aspectos Relevantes de la Prueba Pericial en el Proceso Civil*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 19(1): 335-351. 2012.
3. ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. 2ª edición. Buenos Aires. Ediar. 1956. t. I.
4. ÁLVAREZ MUÑOZ, David Leonardo y PADILLA HERRERA, Juan Guillermo. *El Código Procesal Civil: Comentarios acerca del Proyecto e Ideas Doctrinarias que Plantean Reformas a la Justicia Civil*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad Central de Chile. 2007. t. I.
5. Anteproyecto de Código Procesal Civil. Revista de Estudios de la Justicia (8):41-188. 2006.
6. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2010. pp. 1230.
7. BERRY, Charles y HAWN, William. *Diccionario Internet e Informática*. Traducido por MARTÍN SOLER, Miguel. Barcelona. Océano. 2002. Pp. 256.



8. BERZOSA FRANCOS, María Victoria (1998). Tal como aparece en: HARASIC YAKSIC, Davor, MATURANA MIQUEL, Cristián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil*. Revista de Derecho Procesal (22): 209. 2012.
9. BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/200 de Enjuiciamiento Civil*. Sanción del Rey Juan Carlos I. España. 2001.
10. BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego. *Proceso Civil, el Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Santiago. Legal Publishing Chile. 2013. pp. 280.
11. BRAVO HURTADO, Pablo. *Derrotabilidad de la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Contractual: Hacia la Facilidad Probatoria en Chile*. Revista Chilena de Derecho Privado (21): 13-46. Diciembre, 2013.
12. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. *La Valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil: Estudio Dogmático y Jurisprudencial*. Madrid. Trivium. 1992. pp. 349.
13. CABRERA, Daniel. *Los Principios del Procedimiento en nuestra Legislación Procesal*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 1962. pp. 89.
14. H. CÁMARA DE DIPUTADOS, Actas de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. 360ª Legislatura. Período legislativo 2010-2014.

15. H. CÁMARA DE DIPUTADOS, Sesión N° 107 de la Legislatura N° 361 de fecha 19 de diciembre de 2013 y Sesión N° 117 de la Legislatura N° 361 de fecha 22 de enero de 2014.
16. CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y SENTÍS MELENDO, Santiago. Buenos Aires. Uteha. 1944. t. I.
17. CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. 6ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2010. t. IV.
18. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª Edición. Buenos Aires. Roque Depalma. 1958. pp. 492.
19. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires. Zavalia. 1970. t. I.
20. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires. Zavalia. 1970. t. II.
21. DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil, Parte General*. 3ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1994. pp. 423.
22. DUCE, Mauricio, MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. *Reforma a los Procesos Civiles Orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la Información*. [en línea] Estudios. Centro de Estudios de la Justicia de las Américas. 2008. pp. 13-94. <[http://works.bepress.com/felipe\\_marin/4/](http://works.bepress.com/felipe_marin/4/)> [fecha de consulta: 23 de octubre de 2016].

23. EcuRed. [en línea] Cuba. <[http://www.ecured.cu/Red\\_de\\_%C3%81rea\\_Local](http://www.ecured.cu/Red_de_%C3%81rea_Local)> [consulta: 9 de febrero de 2016].
24. FUCHS NISSIM, Andrés. *Iniciativa Probatoria del Juez: Una Decisión Ideológica*. Revista de Derecho Procesal (22): 317-354. 2012.
25. FUENTES MAUREIRA, Claudio y VARGAS PAVEZ, Macarena. *Derecho Probatorio de Familia*. Revista Chilena de Derecho Privado (18): 243-252. 2012.
26. GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. *La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica*. Revista Chilena de Derecho 33(1): 93-107. 2006.
27. GONZÁLEZ COULÓN, María de los Ángeles. *La Carga Dinámica de la Prueba y sus Límites: en Especial el Límite Impuesto por la no Autoincriminación*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 2011. pp. 164.
28. GONZÁLEZ COULÓN, María de los Ángeles. *La Carga Dinámica de la Prueba*. Revista de Derecho Procesal (22): 363-396. 2012.
29. GUZMÁN TAPIA, Juan. *La Sentencia*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1996. pp. 123.
30. HARASIC YAKSIC, Davor, MATURANA MIQUEL, Cristián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil*. Revista de Derecho Procesal (22): 189-253. 2012.

31. HERNÁNDEZ FAÚNDEZ, Juan. *Los Modernos Medios de Prueba Representativos en el Derecho Chileno*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2000. pp. 201.
32. HUNTER AMPUERO, Iván. *La Iniciativa Probatoria del Juez y la igualdad de Armas en el Proyecto de Código Procesal Civil*. Revista Ius et Praxis 17(2): 53-76. 2011.
33. HUNTER AMPUERO, Iván. *Control Judicial de las Reglas de la Sana Crítica (Corte Suprema)*. Revista de Derecho (Valdivia) 25(1): 243-251. 2012.
34. Informe del Foro para la Reforma Procesal Civil. 2006. Junto con sus Anexos: Anexo N° 1 “*Propuesta de Bases para Redactar un Nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile*”, Universidad de Chile; Anexo N° 2 “*Bases Generales para una Reforma Procesal Civil*”, Pontificia Universidad Católica de Chile; Anexo N° 3 “*temas a discutir*”; y Anexo N° 5 “*Rol del Juez en el Proceso*”, Jorge Vial Álamos. Obtenidas a través de la Subsecretaría de Justicia.
35. INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN. [en línea] Estudio sobre las Tecnologías Biométricas Aplicadas a la Seguridad. España. 2011. pp. 5-6. <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/65877225F2975B3F05257E6E006A2C3D/\\$FILE/EstudioSobreTecnolog%C3%ADasB](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/65877225F2975B3F05257E6E006A2C3D/$FILE/EstudioSobreTecnolog%C3%ADasB)

- iom%C3%A9tricasASeguridad.pdf> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016].
36. Ley 1/2000. Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial de Estado. España. 8 de enero de 2000.
  37. Ley N° 17.454. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial. Argentina. 27 de agosto de 1981.
  38. LIRA ORPHANOPOULOS, Cristóbal. *La Sana Crítica como Criterio de Valoración de la Prueba en el Proceso Civil*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad Adolfo Ibáñez. 2002. pp. 195.
  39. LUNA YERGA, Álvaro. *Regulación en la Carga de la Prueba en la LEC, en Particular, la Prueba de la Culpa en los Procesos de Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*. [en línea] InDret. Octubre de 2003. Working Paper N° 165. pp. 26. <[http://www.indret.com/pdf/165\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/165_es.pdf)> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016].
  40. MATURANA, Cristián. *Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario Conteniendo la Teoría General de la Prueba*. Apuntes. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. pp. 571. [s.a.].
  41. MATURANA MIQUEL, Cristián. *La Debida, Pronta y Eficiente Solución de los Conflictos Laborales*. La Semana Jurídica (343): 3. 2007.

42. MINISTRY OF JUSTICE. *Civil Procedure Rules, Glossary*. [en línea] <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/glossary>> [consulta: 8 de agosto de 2013].
43. MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Civil e Ideología, un Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y Quince Ensayos*. España. Tirant Lo Blanche. 2006. pp. 438.
44. MONTERO AROCA, Juan et al. *El Nuevo Proceso*. En: HARASIC YAKSIC, Davor y MATURANA MIQUEL, Cristián. *Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil*. Revista de Derecho Procesal (22): 232. 2012.
45. PAILLAS, Enrique. *Estudios de Derecho Probatorio*. 2ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 159.
46. PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1967. t. I.
47. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. *Sistemas Procesales e Ideologías*. Revista Derecho y Humanidades (17): 13-30. 2011.
48. PALOMO VÉLEZ, Diego. *JOAN PICÓ I JUNOY. El Juez y la Prueba. Estudio de la Errónea Percepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su Repercusión Actual*. Revista de Derecho de Valdivia 21(2): 293-294. Diciembre, 2008.

49. PEYRANO, Jorge W. *La Carga de la Prueba*. [en línea] Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016].
50. PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado*. En: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Civil e Ideología, un Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y Quince Ensayos*. España. Tirant Lo Blanche. 2006. pp. 109-127.
51. POMÉS PIROTTE, Juan Pablo. *La Prueba en Términos Generales en el Nuevo Proyecto de Código Procesal Civil*. Revista de Derecho Procesal (22): 296-315. 2012.
52. Proyecto de Código Procesal Civil. Mensaje N° 398-357 de S. E. la Presidenta Michelle Bachelet Jeria de fecha 18 de mayo de 2009. Boletín N° 6567-07.
53. Proyecto de Código Procesal Civil. Mensaje N° 004-360 de S. E. el Presidente Sebastián Piñera Echeñique de fecha 12 de marzo de 2012. Boletín N° 8197-07.
54. RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. *Curso Básico de Derecho Internacional Privado*. Santiago. Abeledo Perrot. 2010. pp. 196.
55. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. [en línea] España. 23ª Edición. <<http://dle.rae.es> > [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2016].

56. Reforma Procesal Civil (blog independiente). [en línea] <<http://www.reformaprocesalcivil.cl/>> [consulta: 25 noviembre 2015].
57. REYERO, Noe. *La Vida de un CD y un DVD es corta*. [en línea] Archiveros Red Social. 7 de marzo de 2011. <<http://www.archiveros.info/profiles/blogs/la-vida-de-un-cd-y-de-un-dvd>> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016].
58. RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio. *Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. 7ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. pp. 314.
59. ROSSO, Raúl. *¿Cuál es la Vida Media de un Disco Duro? Averigua Cuánto Lleva el Tuyo Funcionando*. [en línea] Uptodown. 11 de febrero de 2014. <<http://blog.uptodown.com/cual-es-la-vida-media-de-un-disco-duro-averigua-las-horas-que-lleva-el-tuyo-funcionando/>> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016].
60. SÁNCHEZ GALLEGUILLOS, Edith y FRITZ WELDT, Fernando. *El Impulso en el Proceso Civil*. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. 1975. pp. 110.
61. SOLETO MUÑOZ, Helena. *El interés público en los procesos de familia*. Revista de Derecho de Familia (18): 23-53. 2003.
62. SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2007. pp. 576.



63. STÜRNER, Rolf. *La Obtención de Información Probatoria en el Proceso Civil*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (30): 243-262. 2008.
64. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 471.
65. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Comentarios al Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil*. Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado (4): 237-266. 2013.
66. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. En: FUCHS NISSIM, Andrés. *Iniciativa Probatoria del Juez: una Decisión Ideológica*. Revista de Derecho Procesal (22): 323. 2012.
67. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *¿Confianza o Desconfianza en los Jueces? Un Alegato a Favor de Conferir Mayores Oportunidades a la Justicia, a Propósito de la Polémica por las Cargas Probatorias Dinámicas o Principio de Facilidad de la Prueba*. Revista de Derecho Procesal (22): 355-361. 2012.
68. TERÁN, Marcela. *Límites a la Actuación del Juez en el Proceso Civil*. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Viña del Mar. Universidad Adolfo Ibáñez. 2000. pp. 216.
69. UTTER, David. Biometrics Comes to Disney World. [en línea] Security Pro News. 1 de septiembre de 2006. <<http://www.securitypronews.com/news/securitynews/spn-45->

20060901BiometricsComesToDisneyWorld.html> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

70. VÁSQUEZ GUÍÑEZ, Claudia. *Rol del Juez en el Nuevo Proceso Civil en Relación a la Carga de la Prueba*. Master en Derecho. Concepción. Universidad de Concepción. 2014. pp. 99.

**Legislación nacional:**

1. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Diario Oficial. Santiago. 30 de mayo de 2000.
2. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Diario Oficial. 16 de enero de 2003.
3. Ley N° 1.552 que aprueba el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Santiago. 30 de agosto de 1902.
4. Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Diario Oficial. Santiago. 2 de octubre de 1970.
5. Ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada. Diario Oficial. Santiago. 21 de julio de 2000.
6. Ley N° 19.696 que establece el Código Procesal Penal. Diario Oficial. Santiago. 12 de octubre de 2000.

7. Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma. Diario Oficial. Santiago. 12 de abril de 2002.
8. Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial. Santiago. 30 de agosto de 2004.

**Jurisprudencia citada:**

1. 3° Juzg. Civ. de Santiago. 5.12.2012. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ33826](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33826)> [consulta: 10 enero 2015].
2. Corte de Arica. 29.10.2009 [en línea] <http://www.legalpublishing.cl> [fecha de consulta: 27 de octubre de 2012].
3. Corte de Chillán. 8.3.2013. [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ34661](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34661)> [consulta: 10 enero 2015].
4. Corte de Santiago. 17.08.2009. [en línea] <http://www.legalpublishing.cl> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2012].
5. Corte de Santiago. 27.7.2010. [en línea] <<http://corte.pjud.cl/SITCORTEPORWEB/>> [consulta: 15 de octubre de 2016].
6. Corte de Santiago. 31.1.2011 [en línea] <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_26299](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_26299)> [consulta: 10 enero 2015].

7. Corte de Santiago. 15.7.2011. [en línea]  
<[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ28539](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ28539)>  
[consulta: 10 enero 2015].
8. Corte de San Miguel. 18.5.2009. [en línea]  
<[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ20158](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ20158)>  
[consulta: 10 enero 2015].
9. Corte de Valparaíso. 17.3.2014. [en línea]  
<[http://app.vlex.com/#WW/search/content\\_type:2+date:2014-03-17+jurisdiction:CL+source:1991\\_005/internet/by\\_date/WW/vid/567309922](http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2+date:2014-03-17+jurisdiction:CL+source:1991_005/internet/by_date/WW/vid/567309922)> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016].
10. ECS. 26.8.2008. [en línea]  
<[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ18098](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ18098)>  
[consulta: 10 enero 2015]
11. ECS. 19.5.2010. [en línea] <http://www.legalpublishing.cl> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2012].
12. ECS. 7.8.2012. [en línea] <http://www.legalpublishing.cl> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2012].
13. ECS. 6.7.2016. [en línea]  
<[http://app.vlex.com/#CL.basico/search/jurisdiction:CL+content\\_type:2+aplica\\_ley:238913798%3A341+source:2127/medios+de+prueba+en+el+proceso+civil/vid/644718933](http://app.vlex.com/#CL.basico/search/jurisdiction:CL+content_type:2+aplica_ley:238913798%3A341+source:2127/medios+de+prueba+en+el+proceso+civil/vid/644718933)> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2016].

14. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 24 de Junio de 2010. [en línea]  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database match=TS&reference=5678575&links=%22derecho%20extranjero%22&optimize=20100729&publicinterface=true> [fecha de consulta: 1 de Julio de 2013].
15. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 12 de Marzo de 2002. [en línea]  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database match=TS&reference=2945705&links=costumbre%20prueba&optimize=20031203&publicinterface=true> [fecha de consulta: 1 de Julio de 2013].