

REVISTA DE DERECHO

AÑO XVIII

ABRIL - JUNIO DE 1950

N.º 72

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

SRES.

ROLANDO MERINO REYES

QUINTILIANO MONSALVE J.

JUAN BIANCHI BIANCHI

VICTOR VILLAVICENCIO G.

MARIO CERDA MEDINA

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

(Continuación)

II.—La prueba es materia de Derecho Civil y Procesal

6.—Derecho Civil y Derecho Procesal. 7.—Ubicación mixta de la prueba.
8.—Cuestiones probatorias "de fondo" o civiles. 9.—Cuestiones probatorias "de forma" o procesales. 10.—Las disposiciones probatorias civiles y procesales en nuestra legislación. 11.—Disposiciones probatorias en otros cuerpos legales. 12.—Disposiciones probatorias en la legislación comparada.

6.—Derecho Civil y Derecho Procesal.—El Derecho Civil, llamado también "Derecho Teórico", es el que determina los supuestos esenciales de las relaciones jurídicas generadoras de derechos u obligaciones y rige, además, sus efectos y extinción.

Fundamentalmente, podemos decir que él es atributivo de derechos. Mediante su intervención, en concordancia o no con la voluntad del sujeto, se radican en el titular los derechos reales, los créditos, los derechos de familia, y se generan, en su caso, las correlativas obligaciones.

El Derecho Procesal, llamado de otro modo "Derecho Práctico", es en cambio una norma jurídica sancionadora, porque merced a su vigor los derechos subjetivos y las obligaciones adquieren la protección y la garantía del Estado para realizarse plenamente. El supone la preexistencia del derecho o de la obligación y estatuye sobre la forma de hacer valer aquél y de cumplir ésta. Los medios que con tal objeto sanciona son la acción y la excepción.

Pero es del caso hacer notar, que la calidad jurídica de una norma, esto es, el que sea civil o procesal, no depende tanto del lugar que ocupa en las codificaciones, cuanto de la naturaleza misma de la relación que rige y de su fin. Y así, por ejemplo, la mayoría de las reglas sobre valoración probatoria en juicio se hallan contenidas en nuestro Código de Procedimiento Civil, no obstante su carácter de disposiciones de derecho teórico, vale decir, civiles; a la vez que el Código Civil contiene varios preceptos de índole procesal indiscutible (artículos 81, 1603 y 2493).

7.—Ubicación mixta de la prueba.—Precisamente, una de las características de la materia que versa sobre la prueba es la de ocupar una posición mixta, frente a la clasificación de las leyes en substantivas y adjetivas.

En efecto, en la prueba hay algunas cuestiones que podríamos llamar "de fondo" y otras que denominaremos "de forma". Lo que no quiere decir que la institución no sea una sola e indivisible; pero la complejidad y variedad de los elementos que en ella entran en juego, provocan también esta diversificación de las reglas de derecho a ella atinentes.

Es así como son cuestiones de fondo en relación con la prueba y, por consiguiente, del dominio del Derecho Civil: a) la determinación de los medios de prueba; b) su admisibilidad; c) los elementos constitutivos del acto probatorio mismo; y d) la valoración de las probanzas (15). Al paso que son cuestiones de forma y, por lo tanto, regidas por el Procedimiento Civil, todas las concernientes a la producción de la prueba, esto es, al modo externo de rendir o suministrar los medios probatorios.

(15) En contra: Bonnier, Eduardo, obra citada, Tomo I, N.º 4, página 12, para quien: "La materia probatoria es de índole exclusivamente procesal, razonando sobre la base de que su finalidad es sólo consignar la existencia de hechos, pero no investigar sobre los efectos jurídicos". No obstante, parece imposible separar la constatación del hecho y los elementos de dicha investigación (onus probandi, objeto y admisibilidad probatoria) de los requisitos y efectos inherentes a la relación jurídica, entidades a las cuales ese hecho conviene como un supuesto esencial.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

139

8.—Cuestiones probatorias “de fondo” o civiles.—Las cuatro cuestiones anteriormente señaladas —determinación de los medios de prueba; su admisibilidad; su valoración; y los elementos constitutivos del acto probatorio—, tienen una característica esencial que sirve de común denominador a todas ellas y en cuya virtud decimos que son de fondo y que caen en el ámbito del Derecho Civil.

Ese denominador común es el siguiente: en lo tocante a estas cuestiones probatorias, la norma está condicionada —en cuanto se refiere al ordenamiento que impone— por la naturaleza jurídica que el Derecho Civil predetermina para cada situación, persona o cosa, de tal manera que no es posible, en este aspecto, imponer un rigorismo procesal de ritualidad uniforme, sino que sólo es dable hacer regir disposiciones generales susceptibles de adaptarse en cada caso a la naturaleza del hecho o del acto que deba probarse. Hay aquí una conexión estrecha entre el hecho o acto y la relación jurídica, de modo que los requisitos, características y efectos de ésta, condicionan los elementos y características probatorias de la demostración de aquél.

Es por ello que no todos los hechos o actos jurídicos pueden probarse recurriendo a cualquier medio o mediante los mismos métodos de convicción. Y así vemos que, mientras el acto del reconocimiento de un hijo natural no es posible demostrarlo valiéndose de la prueba, testifical (artículo 305, inciso 2.º), los hechos constitutivos de la acción sobre denuncia de obra ruinosa deberán necesariamente establecerse a través de la inspección personal del tribunal (artículo 571 del Código de Procedimiento Civil).

Aparte de esto, hay casos en que la probanza reviste el carácter de formalidad esencial o solemnidad, excluyendo todo otro medio para justificar el acto. Es lo que acontece, entre nosotros, con los actos jurídicos en que el instrumento público (artículo 1701) o el instrumento privado (artículo 1554, N.º 1.º), desempeña el rol de solemnidad y, por lo tanto, de único y excluyente medio de prueba.

Se comprende que en tal caso el medio probatorio, que pasa a ser a la vez requisito esencial del acto, quede regido íntegramente por las reglas comunes a los actos declarativos de voluntad,

desde que en su carácter de solemnidad importa la forma de manifestar aquélla. Y dichas reglas son del orden exclusivamente civil.

En relación con la admisibilidad de las pruebas, no es necesario gran esfuerzo para comprender que, atendiendo precisamente a la naturaleza civil del hecho o del acto jurídico, se admitirá o rechazará determinado medio para su demostración. Es esta una cuestión —la de la admisibilidad—, establecida cabalmente en función de las características propias de cada hecho o acto, por lo que sólo la ley civil, que lo configura particularmente, es apta para determinarla, como una exigencia básica del ordenamiento que en esa situación desea imponer.

En confirmación de lo aseverado, basta señalar los artículos 289; 188, inciso final; 319; 973; 1708; y 1876, inciso 2.º.

En seguida, la cuestión civil más importante y de fondo en materia probatoria es la que concierne a los elementos constitutivos del acto de probar, es decir, a quién corresponde probar y qué es lo que debe probarse. Dicho en otros términos: el sujeto y el objeto de la prueba.

Establecer quién debe producir la prueba de su alegación, o la carga o peso de la prueba (Onus Probandi) —según también se le denomina—, es algo inherente sólo al Derecho Civil, porque tal obligación fluirá no de la posición procesal —actor o demandado— que la parte adopte, sino que de la naturaleza del hecho o del acto jurídico en que su alegación se funda. Y es el legislador civil, y no otro, quien determina esa naturaleza del supuesto de hecho o del acto, así como —según ésta lo sea— provee a la alteración del onus probandi mediante presunciones legales o de derecho.

En cuanto al objeto, o sea, aquello que debe probarse, y que representa el otro elemento constitutivo de la prueba, es la ley civil la que al determinar cada relación jurídica señala los supuestos de hecho que será menester acreditar para obtener el beneficio jurídico —derecho— que ella atribuye. Y tales supuestos, que son el extremo de la acción o excepción y el objeto de la prueba, no se encuentran preceptuados en el Derecho Procesal sino que en el Derecho Común, porque es éste el que los fija al configurar cada relación jurídica.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

141

Finalmente, la última cuestión de fondo regida por la ley civil es la relativa a la valoración o apreciación de las probanzas rendidas. Y esto, no sólo porque siendo dicha ley la que predetermina los medios, no puede ser otra norma, de características diversas, la llamada a fijar su fuerza de convicción, su valor individual y comparativo; sino, además, porque está involucrada aquí, no una situación práctica, externa o de forma —como son las regidas por el procedimiento—, que mira al ejercicio de los derechos, sino una actitud subjetiva e interna del Juez, tendiente a formar su criterio de certeza, proceso lógico que queda al margen de toda ritualidad procesal, en la mayoría de los casos.

9.—Cuestiones probatorias “de forma” o procesales.—Son cuestiones probatorias de forma o atinentes al Derecho Procesal Civil, las que se suscitan en relación con la producción o modo externo de rendir y suministrar las probanzas.

Y se comprende que así sea, pues de lo que se trata exclusivamente es de resguardar la demostración de todas las garantías procesales de justicia, fin para el cual se allegan los medios respectivos.

Con este objeto, las normas de procedimiento inspiranse en cinco principios básicos, que son: el principio dispositivo o de la neutralidad del Juez; el de la igualdad de las partes; el de la controvertibilidad o discusión de la prueba; el de la oportunidad; y el de la procedencia del objeto de aquélla (16). Estos principios los estudiaremos en particular más adelante.

Digamos, por ahora, que mediante la realización de estos fundamentos doctrinarios, las leyes de enjuiciamiento rodean al proceso probatorio de la garantía de justicia a que ambas partes tienen derecho. Tales normas están, por eso mismo, influenciadas por el rigor de la ritualidad procesal y son idénticas para todo hecho o acto, según sea el medio con que pretenda justificarse.

Nadie podría desconocer, y esto es una consecuencia de lo anterior, su evidente carácter de orden público. De consiguiente,

(16) Lessona, Carlos, obra citada, Tomo I, N.º 51, página 103; N.º 299, página 350 y N.ºs 252 y 253, página 376.

su renunciabilidad estará limitada a los casos que taxativamente señale el legislador (artículo 328, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, cabe hacer notar dos situaciones interesantes.

La primera es la de que hay disposiciones probatorias que no requieren de la intervención procesal, pues reglan su producción fuera de juicio, sin contienda. Tales son, por ejemplo, las relativas a la prueba instrumental —como prueba pre-constituída que es—, especialmente tratándose de los instrumentos demostrativos del estado civil (artículos 305 y 309) y de la posesión inscrita de bienes raíces (artículo 924), o bien las referentes a las presunciones legales. Esto último es un argumento más que puede agregarse a lo ya expresado, de ser esta materia principalmente civil, ya que hay casos —como éstos— en los que el procedimiento no juega ningún rol.

En segundo término, hay que señalar, reiterando algo ya dicho, que la circunstancia de tener una disposición probatoria naturaleza civil o procesal, no está supeditada a su ubicación en los códigos vigentes. Es así como el Código de Procedimiento Civil rige la admisibilidad y la valoración de la prueba pericial (artículos 409 al 425 del Código de Procedimiento Civil); como el Código Civil refiere al de Procedimiento del ramo todo lo relativo a la inspección personal del Juez (artículos 1714 del Código Civil y 403 al 408 del Código de Procedimiento Civil); y como, por otra parte, las reglas de valoración probatoria, en su gran mayoría, se hallan en el Código de Procedimiento Civil (artículos 383, 384, 398, 399, 400, 401, 402, 408 y 425), sin que por eso pierdan su naturaleza eminentemente civil.

10.—Las disposiciones probatorias civiles y procesales en nuestra legislación.—Los primeros proyectos del Código Civil y el del año 1853 no contenían reglas especiales en materia de prueba.

Bello estimó, talvez, que semejantes disposiciones eran propias del Procedimiento Civil, vigente entonces en las leyes de la Partida Tercera y algunas nacionales. No obstante, en el Proyecto Inédito —primera revisión del Proyecto de 1853— se dedicó un

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

143

título completo a la "Prueba de las Obligaciones", tomado principalmente del Código Civil Francés y del Proyecto de Código Civil Español de 1851, comentado y concordado por Florencio García Goyena (17).

Estas son, pues, las fuentes del Título XXI del Libro IV del Código Civil, que versa sobre "La prueba de las Obligaciones".

Y una demostración de que el Código Civil no pretendió innovar en todo lo existente en este orden, nos la da el artículo final, que dejó vigentes en materia de prueba de las obligaciones, las leyes que existían en 1857 en la parte en que no fueren contrarias a los preceptos del nuevo Código. Es decir, que continuaron en vigor las Partidas y otras disposiciones recopiladas, situación que subsistió hasta el 1.º de Marzo de 1903, fecha en que empezó a regir el Código de Procedimiento Civil, y en materia notarial hasta el año 1925, en que se promulgó el Decreto-Ley N.º 407, de 27 de Marzo de ese año —llamado también "Código del Notariado"—, cuyo texto se halla incorporado ahora al Código Orgánico de Tribunales (artículos 399 al 445 del citado Código Orgánico).

Aunque es verdad que, aparte de los preceptos del Título XXI del Libro IV del Código Civil, hay numerosas otras disposiciones de índole probatoria esparcidas en este cuerpo de leyes, es indudable que el mencionado título contiene las reglas más especiales e importantes, a la vez que de más común aplicación.

Su denominación, "De la prueba de las obligaciones", proviene del Código Civil francés, el cual, inspirándose en Pothier, llama al Título III, Capítulo VI, del Libro III. "De la prueba de las obligaciones y de la del pago".

En esto, aunque lo superamos en la denominación del texto, siempre se nos presenta una desventaja de ubicación.

Superamos la denominación del título, porque en ella se agregó por Bello la expresión "y de la del pago", por la razón muy obvia de servir estas reglas probatorias para demostrar todos los hechos constitutivos de los modos de extinguir obligaciones y no sólo de los del pago.

(17) Bello, Andrés. "Obras Completas". Tomo XIII, página 427. (Anotaciones al Proyecto Inédito del Código Civil).

No obstante, hay desventaja de ubicación, heredada del modelo francés, por cuanto estas reglas probatorias tienen una generalísima aplicación, toda vez que ordenan la prueba de los hechos y actos jurídicos, los cuales son supuestos que generan, modifican o extinguen tanto derechos personales, reales o de familia, como obligaciones contractuales, cuasi-contractuales, delictuales o legales. No se explica, pues, su ubicación en el Libro IV por otra razón que no sea la histórica.

Por lo demás, es interpretación doctrinaria y jurisprudencial unánime la de que estas disposiciones son de general aplicación y, por consiguiente, rigen la prueba del dominio, de la posesión, de las obligaciones, etc. (18).

En materia de estado civil, el Código ha dado reglas probatorias especiales, atendida la naturaleza peculiar y la importancia de la institución.

A ello dedica el Título XVII del Libro I (artículos 304 al 320), reglas de aplicación preferente (artículo 13), pero que no se oponen a las del Título XXI del Libro IV —como algunos han pretendido— sino que, al contrario, las confirman y complementan para una materia especial, como es el estado civil. Por lo tanto, en lo que ellas no rijan, cobran amplio vigor las normas generales de los artículos 1698 y siguientes.

En realidad, esta materia de la prueba debería estar ubicada en un título preliminar, porque, al igual que la relativa a la interpretación de las leyes —después de todo es un elemento básico en esa interpretación—, tiene una muy general aplicación en todos los órdenes del Derecho Civil.

Esta generalidad del Título XXI fluye del simple enunciado de las disposiciones que contiene, a saber: a) Determinación del onus probandi (artículo 1698, inciso 1.º); b) Fijación de los medios probatorios (artículo 1698, inciso 2.º); c) Concepto, clasificación y valoración de la prueba instrumental o escrita (artículos 1699

(18) Claro Solar, Luis, obra citada, Tomo 12, N.º 1987, página 659. Alessandri R., Arturo. "Teoría de las Obligaciones" (Versiones taquigráficas de sus clases, por R. Latorre Z (1939), página 412. Barros Errázuriz, Alfredo. "Curso de Derecho Civil" (1932). Tomo II, N.º 224, página 326.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

145

al 1707); d) Admisibilidad de la prueba testifical (artículos 1708 al 1711); e) Clasificación de las presunciones (artículo 1712); el concepto de las mismas lo había fijado ya en el artículo 47; f) Valoración probatoria de la confesión judicial (artículo 1713); y g) Referencia al Código de Procedimiento Civil en cuanto concierne al juramento deferido y a la inspección personal del juez (artículo 1714).

De lo hasta aquí dicho podemos desprender dos conclusiones.

La primera es la de que en las reglas antes mencionadas no se contiene la totalidad del estatuto jurídico que rige la prueba en nuestra legislación. En efecto, dentro del mismo Código Civil existen disposiciones sustantivas esenciales en materia probatoria, cuyo rol es, en la mayoría de los casos, preceptuar sobre la admisibilidad de ciertos medios, reglar el onus probandi en situaciones particulares, o establecer determinadas presunciones que releven de él.

Así, en lo tocante a la admisibilidad podemos citar los artículos 2123, 2175, 2237, 2252, 2483 y 2485; sobre el onus probandi, los artículos 8, 92, 180, 190, 206, 1459, 1547, 1674 y 2493; y acerca de las presunciones, los artículos 47, 76, 80, 150, inciso 5.º, 180, inciso 1.º, 590, 700, inciso 2.º, 707, 719, etc., etc.

La segunda conclusión que derivamos, es la de que la prueba y su ordenamiento jurídico ocupan también, entre nosotros, una posición mixta entre el Derecho Civil y el Derecho Procesal.

A este efecto, el Código de Procedimiento Civil legisla totalmente sobre la prueba pericial (artículos 409 al 425 del Código de Procedimiento Civil) y la inspección personal del tribunal (artículos 403 al 408 del Código de Procedimiento Civil). Ya hemos dicho que en cuanto a los demás medios probatorios, contiene las reglas convenientes a su valoración individual, y que en el artículo 428 regla la valoración comparativa. Aparte, naturalmente, de las disposiciones especialmente procesales (artículos 318 al 429 del Código de Procedimiento Civil, exceptuados los artículos antes referidos) que reglamentan la forma de producir las probanzas, rol del Juez y de las partes en ello, oportunidad, procedencia y discusión en la administración misma de la prueba.

Y semejante catalogación de las normas probatorias en "de fondo o civiles" y "de forma o procesales" tiene mucha importancia en materia de recurso de casación.

Sabemos que las leyes que atañen a la fijación de los únicos medios de prueba reconocidos por el legislador, a la determinación del onus probandi, al objeto de la prueba o a la admisibilidad y valoración, reciben el nombre de "leyes reguladoras de la prueba". Como, al operar tal regulación, ésta sirve de base para hacer la calificación y derivar los efectos jurídicos del hecho o del acto probado, se dice que ellas son "leyes decisorias litis", pudiendo su infracción influir substancialmente en lo dispositivo del fallo y autorizando, por consiguiente, en tal caso, el recurso de casación en el fondo en contra de este último. (artículo 767, inciso 1.º del Código de Procedimiento Civil) (19).

En cambio, las normas que se refieren a la producción de la prueba son "leyes ordenatorias litis", reglan la ritualidad del enjuiciamiento en relación con el suministro de las probanzas; de modo que su infracción no autoriza el recurso de casación en el fondo, sino que el de forma, y siempre que concurren las causales que taxativamente contempla el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil (20).

Este carácter mixto de nuestra legislación probatoria ha sido reconocido por la jurisprudencia. Así, se ha fallado que "el estudio de la prueba se relaciona con el Derecho Civil y con el Derecho Procesal, y como el artículo 1698 del Código Civil establece el principio fundamental de la prueba de las obligaciones, debe considerarse como ley substantiva y no de procedimiento".

(19) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 32, Sección 1.ª, página 382.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 45, Sección 1.ª, página 712.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 46, Sección 1.ª, páginas 426 y 447.

(20) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 24, Sec. 1.ª, página 567.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 33, Sec. 1.ª, página 11.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 36, Sec. 1.ª, página 283.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 46, Sec. 1.ª, página 762.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

147

"La circunstancia que del examen de la prueba rendida pueda resultar que, contrariamente a lo establecido en la sentencia recurrida, la producida por el recurrente sea superior a la de su contendor, no puede servir para fundar la infracción del mencionado artículo 1698 del Código Civil, sino que de alguna de las leyes procesales que regulan los medios de prueba" (21).

11.—Disposiciones probatorias en otros cuerpos legales.—No sólo en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil se contiene integralmente la legislación probatoria; también en los demás cuerpos legales y aún en leyes especiales es posible encontrar normas referentes a esta materia.

Así, por ejemplo, el Código Penal fija presunciones en ciertos respectos (artículo 1.º, inciso 2.º y artículo 454 que son las de más común aplicación), y el Código de Procedimiento Penal rige la totalidad de la prueba criminal (artículos 108 al 245 y artículos 451 al 497, en el Libro II, que tratan sobre "La prueba y la manera de apreciarla"), pero las características de esta prueba son distintas a las de la que incide en materia civil, por lo cual no se comprenderá su análisis en este curso (22).

Asimismo, en el Código de Comercio se trata de la prueba de las obligaciones mercantiles (artículos 127 al 129) y de los Libros de Comercio (artículos 25 al 47), como una forma sui generis de la prueba instrumental.

En el Código del Trabajo encontramos disposiciones relativas al onus probandi en los juicios de accidentes del trabajo (artículo 255) y en ciertos contratos de trabajo (artículo 119). También contiene este Código disposiciones sobre la apreciación en conciencia de la prueba (artículo 459) y sobre la forma especial de producir las probanzas en tales juicios (artículos 461, 476, 448, 457 y 458).

Existen, además, numerosos textos legales especiales que, como el Decreto-Ley N.º 425 sobre Abusos de Publicidad; la Ley

(21) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 21, Sec. 1.ª, página 437.

(22) Sobre el particular puede verse: **Bonnier, Eduardo**, obra citada, Tomo I, N.ºs 95 y siguientes, página 145.

de Defensa Permanente de la Democracia N.º 8987, de 3 de Septiembre de 1948; el Decreto con Fuerza de Ley N.º 251, de 22 de Mayo de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; y la Ley N.º 4.447 sobre Protección de Menores cuyo texto definitivo se fijó por Decreto Supremo N.º 2201, de 9 de Julio de 1949; determinan reglas probatorias particulares en orden a la admisibilidad de ciertas probanzas y a su valoración en conciencia. Al tratar de esta última cuestión, nos referiremos nuevamente a esas leyes.

Por su parte, la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, de 7 de Octubre de 1861, dedica sus artículos 22, N.º 1.º, 23 y 24 a materias probatorias.

12.—Disposiciones probatorias en la legislación comparada.—

Las legislaciones extranjeras se pueden dividir en dos categorías: aquellas que reglamentan todo lo relativo a la prueba en sus códigos procesales, como ocurre en las de Alemania, Suiza y Méjico; y aquellas, en que se adopta el mismo criterio nuestro, de determinar en el Código Civil los principios de fondo que rigen la prueba, es decir, la fijación de los medios, reglas de onus probandi, objeto, admisibilidad y valoración.

Tal acontece, por ejemplo, en el Código Civil francés, en cuyo artículo 1315 se dispone: "El que reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente, quien se pretende liberado debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación". Como vemos, idéntico es nuestro artículo 1698, inspirado en el anterior.

Así sucede, también, en el Código Español —artículo 1214— y en los Códigos Civiles de Bolivia —artículo 902—, Colombia —artículo 1758—, y Ecuador —artículo 1688.

Excepcionalmente, el Código Portugués contiene en su artículo 2404 una definición de la prueba, al decir que es "la demostración de la verdad de los actos alegados en juicio", definición que, si nos estamos a lo dicho en el N.º 4 de estos Apuntes, observaremos no reúne los elementos necesarios para configurar cabalmente este concepto.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

149

III.—Sistemas y medios probatorios. Clasificación de las pruebas.

13.—Sistemas probatorios. 14.—Evolución histórica de los sistemas probatorios. 15.—Sistema probatorio chileno. 16.—De los medios probatorios. 17.—Características de los medios probatorios. 18.—Los medios probatorios en nuestra legislación civil. 19.—No cabe confundir los medios probatorios con la causa de pedir. 20.—Clasificación de los medios probatorios.

13.—Sistemas probatorios.— Recibe el nombre de **sistema probatorio**, el estatuto jurídico que rige en una legislación en orden a la forma cómo debe probarse.

Alegada determinada proposición por una de las partes, haciendo valer un hecho o un acto jurídico, con el fin de obtener el reconocimiento y plena eficacia de un derecho o de una relación jurídica, llega el caso de establecer cómo esa parte va a demostrar la conformidad del hecho o del acto con su proposición alegada, esto es, la verdad de "ser" el hecho o el acto, y ser del modo que ella indica, y no de otro distinto.

El sistema probatorio previene cómo debe llegarse a esta demostración, o, lo que es lo mismo, cómo debe probarse. Los procedimientos o métodos que se emplean a este efecto, son los medios de prueba.

Reciben el nombre de **medios de prueba**, los elementos de convicción aptos para producir la demostración del hecho o del acto jurídico.

Hay tres principales sistemas probatorios, que corresponden a tres categorías diferenciadas, según la libertad en el uso de los medios y la función del Juez en la valoración de éstos. Ellos son: 1.o) Sistema de la prueba positiva o legal; 2.o) Sistema de la persuasión moral o del íntimo convencimiento; y 3.o) Sistema de la persuasión racional (23).

En el sistema de la prueba positiva o legal, el legislador fija los medios de prueba taxativamente, de modo que los particulares no pueden valerse de otros, judicial ni extrajudicialmente; y tocante a su valoración, la determina matemáticamente respecto de cada uno o comparativamente si hay varios en oposición. Prevalece el criterio de la ley sobre el criterio del Juez.

(23) Lessona, Carlos, obra citada, Tomo I, N.º 328, página 439.

En el sistema de la persuasión moral o del íntimo convencimiento, el legislador no fija los elementos de prueba, de modo que las partes pueden recurrir a cualquier medio de demostración de los hechos o actos y, en lo concerniente a su valoración, la hace el Juez por la "impresión que le producen las probanzas aportadas", no habiendo reglas de valoración, ni estando obligado el magistrado a señalar los medios que le produjeron certeza. Prevalece el criterio del Juez sobre el de la ley.

En el sistema de la persuasión racional, el legislador tampoco indica los medios de prueba; pero en lo atinente a su valoración se diferencia del sistema del íntimo convencimiento en que el Juez debe formar su certeza mediante raciocinio lógico (sistema racional) y debe señalar por qué determinados medios lo convencieron de la verdad o no. Prevalece el criterio del Juez.

Si bien la libertad en escoger los medios de prueba, dejada a las partes, tiene la ventaja de ampliar la posibilidad de una demostración eficaz, no lo es menos que hay poderosas razones de interés privado y público que aconsejan el sistema legal o de la fijación taxativa de los medios probatorios.

De interés público, porque la fijeza en los métodos probatorios es contribución a la fijeza de los derechos; y el derecho se vuelve más cierto y más fuerte cuando se sabe que hay un medio reconocido con qué acreditarlo.

De interés privado, también, porque interesa al particular saber que con determinado elemento probatorio obtendrá tal grado de convicción en el Juez para que reconozca su derecho, lo que lo moverá a premunirse del medio más eficaz y en forma anticipada (pruebas pre-constituídas).

Una consecuencia importante del sistema de la prueba legal es la de que, como los medios probatorios están enumerados taxativamente, el Juez no puede atribuir valor a cualesquiera otras pruebas no legales, aunque íntimamente tenga la certeza de ser equivocada la conclusión. Falla como juez y no como hombre (24).

Esta última situación, que evidentemente es fuerte y aparece reñida con la equidad —que es la justicia del caso particular,

(24) Ricci, Francisco, obra citada, Tomo I, N.º 2, página 13.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

151

desideratum del Derecho—, hizo que se idearan **sistemas mixtos**. En éstos, se toma del sistema legal la fijación taxativa de los medios probatorios y de los otros dos sistemas anteriormente señalados, todo lo relativo a la valoración de las probanzas.

Se prescinde, en muchos casos, de la valoración matemática de las pruebas aportadas, para dejar entregada dicha valoración a la "racional" y "fundada" apreciación del Juez o a la sola "conciencia" de éste (apreciación de la prueba en conciencia).

14.—Evolución histórica de los sistemas probatorios.—En el Derecho Romano se evolucionó desde el sistema de la persuasión moral primitivo hasta el sistema legal en tiempo del Imperio, y hacia el sistema racional posteriormente.

En el Derecho Germano se implantó primeramente el sistema legal, pero más tarde, debido a la influencia latina, se adoptó el sistema de persuasión racional.

Durante la época de influencia romano-canónica prevaleció el sistema legal o positivo, que es el del Derecho Canónico, iniciándose así la etapa que se denominó de "la tasa legal de las pruebas". En ella, cada medio tiene asignado su valor a priori.

La mayoría de los estados modernos sigue el sistema mixto: legal en lo tocante a la fijación de los medios probatorios, pero racional en orden a su valoración (Código Civil Alemán; Código Civil Español y Código de Procedimiento Civil Italiano).

Naturalmente que esta evolución es beneficiosa, pues toma de ambos métodos sus cualidades y desecha sus desventajas. Son cualidades del sistema legal —como dijimos— la fijeza en los medios probatorios; y del racional, su adaptabilidad al caso litigioso, sirviendo al criterio imparcial del Juez. Son desventajas, del legal su matemática valoración de los medios, y del racional la posibilidad de que conduzca a la arbitrariedad.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta evolución parte desde el momento en que los hechos son la base del proceso. Tal ocurrió con el proceso entre los romanos, que por eso primitivamente tuvieron un sistema de persuasión moral o de íntima convicción, porque mientras el juicio no era sino un medio de pacificación y lo que primaba eran las afirmaciones de las partes y no

los hechos, los medios de prueba carecían de importancia, siendo el juramento lo decisivo. De ahí los llamados "juicios de Dios" y la razón de que la parte demandante se presentara al tribunal invocando: "Señor Juez, elevo mi demanda a Dios y a vos" (25).

En el proceso romano, en cambio, —y el nuestro es trasunto suyo—, la prueba del "hecho" es la base sobre la que gira todo el procedimiento.

15.—Sistema probatorio chileno.—Nuestra legislación sigue un sistema probatorio mixto.

En efecto, acepta el positivo o legal, en cuanto el Código Civil y el de Procedimiento Civil señalan taxativamente los medios probatorios. Además, desde que en ambos cuerpos legales a la mayoría de las probanzas se les asigna un valor a priori.

No obstante, también toma fórmula del sistema de la persuasión racional, cuando deja al criterio fundado del Juez la valoración de la testifical en ciertos casos, la de las presunciones, la del dictamen pericial, y también en lo que dice relación con la valoración comparativa de las pruebas, si ellas son contradictorias unas con otras, situaciones todas en las que el magistrado resuelve según su criterio racional de certeza (artículo 428 del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, recibe aplicación entre nosotros el sistema de la persuasión moral o de la íntima convicción, en aquellos casos en que —como veremos oportunamente— el tribunal puede apreciar la prueba en conciencia. (El artículo 538 del Código del Trabajo es un ejemplo).

La tendencia de la jurisprudencia es reconocer la aplicación del sistema de la persuasión racional. Es así como en numerosos fallos se resuelve que "determinar si unas presunciones son graves, precisas y concordantes es cuestión de apreciación soberana del tribunal"; que "determinar si los testigos reúnen los requisitos del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil reviste igual carácter"; que "los jueces del fondo aprecian libre y privativamente el

(25) Millar W., Robert, "Los principios formativos del Procedimiento Civil", página 121.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

153

valor de 'un informe pericial'. De todas estas pruebas fluyen demostraciones de "hechos" o "actos" que soberanamente establecen como acaecidos o existentes los jueces del fondo, en uso de estas facultades privativas de apreciación racional de la prueba, y por consiguiente, tales situaciones —que son de hecho— escapan al control de la Corte de Casación.

No obstante, veremos en su oportunidad que lo dicho admite excepción si las infringidas son disposiciones legales reguladoras de la prueba.

16.—De los medios probatorios.— Como dice Planiol: "Los jueces deben llegar a la convicción basándose solamente en los elementos de prueba admitidos por la ley".

Esos son los medios probatorios, que se definen como "los elementos de convicción, predeterminados por el legislador, y aptos para producir la demostración de un hecho o de un acto jurídico".

En el proceso investigativo de la prueba son los únicos elementos de método para llegar a la demostración de la verdad.

Tal demostración la obtiene el juez de tres maneras:

- a) Por evidencia personal;
- b) Por deducción lógica; y
- c) Por testimonios de las partes o de terceros (26).

Dícese por evidencia personal, o, lo que es lo mismo, como resultado de su propia observación. Este es el medio probatorio llamado **inspección personal del tribunal**.

Por deducción lógica, esto es, infiriendo, mediante el raciocinio, de un hecho conocido y notorio otro desconocido, ignorado. Es la prueba de **presunciones**. Operación que aún puede efectuar el legislador: **presunciones legales**.

Finalmente, por testimonio de las partes o de terceros. Estos testimonios, si son escritos, configuran la **prueba literal, instrumental o escrita**, de la cual es importante característica la de ser pre-constituída, vale decir, generada antes de producirse en juicio.

En cambio, la declaración, oral o escrita, producida dentro

(26) Barros Errázuriz, Alfredo, obra citada, Tomo II, N.º 230, página 330.

del juicio por la parte, constituye el medio de prueba llamado **confesión**, si determina en su contra consecuencias jurídicas.

Si la misma declaración o testimonio oral, producida dentro de juicio o fuera de él, emana de un tercero, constituye la **prueba testifical** o de testigos.

Finalmente, el **informe o dictamen pericial** es también testimonio escrito o declaración de un tercero, ajeno al litigio, y llamado a opinar sobre cuestiones de carácter técnico pertinentes al hecho controvertido, o al derecho, en ciertos casos.

17.—Características de los medios probatorios.—Los medios probatorios, desde un punto de vista general y que conviene a todos ellos, revisten las siguientes características:

a) Se hallan pre-determinados taxativamente por el legislador, sin que las partes puedan valerse de otros que los establecidos en la ley.

b) Cada medio probatorio tiene señalado a priori un valor de convicción o grado de eficacia demostrativa, cualquiera que sea el sujeto o el objeto de la prueba; salvo aquellos casos en que la valoración se entrega a la racional apreciación del juzgador.

c) En ciertos casos su admisibilidad se halla limitada por razones de interés general, o en garantía de las mismas partes o de terceros.

d) La procedencia procesal de su producción, queda sujeta a la pertinencia del hecho a probarse y a la oportunidad en que el medio se produce.

e) Las partes tienen libertad en la elección de las probanzas, no habiendo limitación de admisibilidad. De modo que frustrado un medio puede recurrirse a otro, así como es dable allegar al juicio varias pruebas tendientes a demostrar un mismo hecho o acto controvertido. No pueden, eso sí, alterar los medios legales creando otros, hacer admisibles los que no lo son, ni atribuirles distinto valor probatorio. Tal convención adolecería de objeto ilícito por contravenir el estatuto de la prueba, que en este aspecto es de orden público (artículo 1462), y acarrearía la nulidad absoluta del pacto (artículo 1682).

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

155

f) Es optativo para las partes producir o no las probanzas. Por excepción, el juez provoca dicha producción en juicio en el caso de las medidas decretadas para mejor resolver (artículo 159 del Código de Procedimiento Civil).

g) La naturaleza jurídica intrínseca de los medios probatorios en el orden civil es igual a la de las pruebas en lo criminal, aunque hay diferencias en cuanto a su admisibilidad, producción y valor probatorio.

18.—Los medios probatorios en nuestra legislación civil.—Ellos están enumerados taxativamente en el artículo 1698, inciso 2.º del Código Civil, que dice: "Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez".

El artículo 341 del Código de Procedimiento Civil preceptúa por su parte: "Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informes de peritos; y presunciones".

Los textos recién citados dan lugar a las siguientes consideraciones:

a) El Código de Procedimiento Civil agregó como medio probatorio el informe de peritos, no contemplado en especial en el Código Civil, aunque este cuerpo de leyes rige su producción en ciertas materias (entre otros, en los artículos 21, 200, 314, inciso final, 460 y 848). De modo que todas las reglas atinentes a esta probanza se hallan en el Código de Procedimiento Civil.

b) El Código de Procedimiento Civil no regla como medio de prueba el juramento deferido, a pesar de que el artículo 1714 del Código Civil —no derogado— se remite a aquél en orden a este medio. Asimismo, el artículo 1698 lo contiene en su enumeración. Sin embargo, el juramento deferido fué derogado como medio probatorio por la Ley N.º 7.760, de 5 de Febrero de 1944, en su artículo 4.º.

En esta situación, debe prevalecer el Código de Procedimiento Civil —ley especial en cuanto a la producción de esta probanza— (artículo 13) y, de consiguiente, entenderse derogados tá-

citamente los artículos 1698, inciso 2.º, y 1714 del Código Civil, en la parte en que se refieren al juramento deferido por ser inconciliables sus disposiciones con las del artículo 4.º de la Ley N.º 7.760, derogatoria del Código de Procedimiento Civil en tal materia (derogación tácita del artículo 52, inciso 3.º del Código Civil y 53, interpretando a contratio).

Podría argüirse, talvez, que en conformidad al artículo 23 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, los contratos o actos anteriores al 5 de Febrero de 1944 pudieran acreditarse mediante el juramento deferido.

Sin embargo, creemos que el caso, aparte de ser casi imposible su ocurrencia práctica —pues este medio probatorio se eliminó por desuso—, no plantearía ningún problema, ya que el propio artículo 23 de la ley citada dispone que en cuanto a la forma de producir la prueba habrá que estarse a la nueva ley. Y el actual Código de Procedimiento Civil, vigente a la fecha de producción de la probanza, no contempla reglas con tal objeto, lo que equivale a sancionar su inexistencia como medio de prueba.

Agréguese a esto lo ya expresado, de estar tácitamente derogados los artículos 1698, inciso 2.º, y 1714 del Código Civil, en esta parte, y se verá que no hay cuestión.

Los casos de juramento que señala el Código Civil en sus artículos 777, inciso 5.º, 1001, 1328 y 1995 no cabe confundirlos con el medio de prueba llamado juramento deferido; son situaciones distintas, en las que se trata de prestar juramento por razón de la responsabilidad que se contrae y no de demostrar hechos o actos controvertidos.

Un caso dudoso es el del artículo 423 del Código Civil, en materia de guardas.

Estima Somarriva (27) que lo que se derogó del Código de Procedimiento Civil es el juramento deferido voluntario, mas no el que impone la ley, como ocurre en el caso del citado artículo 423.

No obstante, la situación no es bien clara; tanto porque se trata aquí de un juramento estimatorio, al que expresamente se

(27) Somarriva U., Manuel, "Derecho de Familia" (Edición de 1946), N.º 731, página 567.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

197

referían las disposiciones derogadas de los artículos 393, 399, 401 y 404 —antiguos— del Código de Procedimiento Civil, cuanto porque si tal juramento subsiste como probanza no se divide en conformidad a qué reglas produciría semejante prueba el pupilo contra su guardador.

En realidad, al expresar el artículo 423 que se concede al pupilo "el derecho" de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio, bien puede estimarse que es ésta una facultad substantiva, al margen de la ley procesal, y que más que un medio de prueba es derecho para el pupilo y sanción para el guardador doloso o culpable, de manera que no surgiría problema tocante a la forma de la producción en juicio.

c) De lo dicho se desprende que los medios de prueba reconocidos en nuestra legislación civil y procesal son seis, a saber: instrumentos públicos y privados, testifical, confesión de parte, presunciones, inspección personal del tribunal e informe de peritos.

d) El orden de prelación que establecen los artículos 1698, inciso 2.º del Código Civil y 341 del de Procedimiento Civil, ninguna significación tiene en cuanto a la importancia del medio o a su valoración, pues ésta se fija individual o comparativamente en otras disposiciones.

Por otra parte, el orden de prelación del artículo 1698, inciso 2.º del Código Civil es distinto al del artículo 341 del Código de Enjuiciamiento, lo que carece de trascendencia.

e) Estas enumeraciones son, en realidad, taxativas, porque no hay otros medios probatorios aparte de los indicados en ellas.

Pescio señala como otros medios, los certificados expedidos en un proceso por un Ministro de Fe, la sentencia judicial en orden a hechos declarados como verdaderos en otro juicio por las mismas partes, y los libros de comercio (28).

No obstante, nos parece que en los dos primeros casos estamos ante instrumentos públicos y en el último ante una especie de instrumentos privados.

(28) Pescio V., Victorio, obra citada, N.º 394, página 335.

19.—No cabe confundir los medios probatorios con la causa de pedir.—Sabemos que la causa de pedir es "el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio" (artículo 177, inciso final del Código de Procedimiento Civil).

Es decir, es el hecho, acto jurídico o circunstancia que sirve de fuente generadora al derecho invocado.

Así, por ejemplo, si el objeto pedido es una declaración de dominio, la causa de pedir será el título y el modo de adquirir; si el objeto pedido es el amparo posesorio, la causa de pedir será la posesión misma; si el objeto pedido es el cumplimiento de una obligación, la causa de pedir será la fuente de esa obligación (contrato, cuasi-contrato, delito civil, etc.)

De modo que la causa de pedir está de tal modo adherida, es tan inherente al derecho, que éste sin ella no puede subsistir. Como dice el artículo 177 citado, la causa ésta es el "fundamento inmediato" del derecho deducido.

Los medios de prueba, en cambio, no son inherentes ni esenciales a ningún derecho (salvo el caso de ser la instrumental, como solemnidad, requisito de validez de ciertos actos), sino que, en general, son accesorios, marginales, a los derechos mismos. Unos y otros pueden subsistir independientemente, y aún más, tan diferentes son de la causa de pedir, como que ésta y su verdadera existencia se establecen precisamente recurriendo a los medios probatorios. Lo que no podría ocurrir si fueran una misma cosa. Es lo que acontece con la prueba del contrato, de la posesión, de la causal de nulidad, etc.

Y esta distinción es importante, ya que en materia de cosa juzgada cabría oponer la excepción respectiva por haber identidad de causa de pedir, si el fundamento del derecho fuese el mismo, aunque los medios probatorios invocados la segunda vez sean diversos de los del anterior juicio.

Y, reciprocamente, siendo el fundamento distinto no cabría oponer la cosa juzgada, aunque la parte que reincide se valiera de iguales medios de prueba.

En este predicamento, la Corte Suprema ha resuelto que "demandándose la nulidad de un testamento por irregularidades cometidas en las diligencias de apertura, y habiendo sido rechazada

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

159

esa causa de pedir, no puede entablarse nueva demanda de nulidad del mismo testamento, cuya causa de pedir se refiere también a irregularidades en la diligencia de apertura, aunque sean diversos los medios de establecer esas irregularidades o los antecedentes de donde se derivan, ya que hay identidad de causa de pedir". "No debe confundirse la causa de pedir, con los medios que se emplean para demostrarla o los antecedentes de donde se deriva" (29).

20.—Clasificación de los medios probatorios.—La clasificación de las pruebas se hace atendiendo a diferentes criterios:

a) Según la forma del testimonio que contienen, en orales y escritas;

b) Tomando en cuenta el momento en que se generan o constituyen como tales, en pruebas pre-constituídas o hechas y pruebas simples, causadas o a posteriori;

c) Atendiendo al hecho que prueban, en directas e indirectas;

d) Según su grado de convicción para demostrar el hecho, en plenas, perfectas o completas y semi-plenas, imperfectas o incompletas; y

e) Desde el punto de vista de la autoridad ante quien se producen, en judiciales y extrajudiciales.

a) **Prueba oral y escrita.**— Estas categorías se determinan atendiendo a la forma externa del testimonio que la probanza contiene.

Sabemos que, aparte de la inspección personal del tribunal y de las presunciones judiciales, que son medios que suponen la intervención personal del juez, ya por su propia evidencia (inspección), ya por su deducción lógica (presunciones judiciales), los demás medios probatorios son testimonios de las partes o de terceros.

Entre éstos, siempre son pruebas escritas: la instrumental y el dictamen pericial. Al paso que son orales: la testifical y la confesión de parte.

(29) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 8, Sec. 1.a, página 459.

Por excepción, la confesión de parte puede ser, además, escrita cuando es espontánea.

En suma, lo que caracteriza a la prueba oral es que se produce mediante la forma de declaración verbal ante el tribunal de la causa; y lo que tipifica a la prueba escrita es que su testimonio consta en un instrumento.

b) Prueba pre-constituída y simple.— Se distinguen una de otra clase, según el momento de su constitución como probanza; si ello ocurre antes del litigio, la prueba es pre-constituída; si se verifica dentro del mismo juicio, la prueba es simple, causada o a posteriori.

Se dice que la prueba "se constituye", cuando nace o se genera como tal medio probatorio; momento que puede ser distinto al de su "producción", pues este último es aquel en que la prueba es rendida o hecha valer como elemento de demostración del hecho controvertido.

De acuerdo con esto, son pruebas pre-constituídas la instrumental y las presunciones legales. Son pruebas simples, en cambio, todas las demás, porque se generan y producen coetáneamente al juicio.

La prueba instrumental y las presunciones —si son legales—, están constituídas desde antes, existen anteriormente como probanzas, y se producen después dentro del juicio; pero bien puede suceder que esto último no ocurra jamás.

Se comprende, desde luego, la gran ventaja de la prueba pre-constituída instrumental, cuando se trata de demostrar hechos pasados y hechos transitorios; y la de las presunciones legales, en cuanto relevan del onus probandi, pudiendo llegar a excluir toda otra prueba en contrario, como sucede en el caso de la presunción legal que pertenece a la clase de las de derecho (artículo 47, incisos 1.º y final).

c) Prueba directa e indirecta.— La prueba es directa si se aplica precisamente al hecho o acto controvertido; es indirecta, si se demuestra el hecho controvertido y desconocido, partiendo de otro hecho conocido y probado.

Es prueba indirecta, la de presunciones.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

161

Los demás medios pueden constituir prueba directa, como también servir de base para demostrar un hecho conexo con el controvertido y al cual se llegue mediante prueba indirecta.

Por ejemplo, si es hecho controvertido la posesión inscrita de bienes raíces, sería prueba directa la inscripción de dominio que constare en copia autorizada que se acompaña al juicio.

Pero si el hecho controvertido y que debe probarse es la negligencia culpable del autor de un hecho ilícito, sería prueba indirecta la presunción judicial, deducida de las circunstancias demostradas mediante la testifical, la inspección personal y el informe pericial, que serán los medios probatorios más comúnmente empleados.

d) Prueba plena y semi-plena.—En esta categoría se atiende, como criterio distintivo, al grado de convicción del medio probatorio en la demostración de los hechos y de los actos jurídicos.

Es prueba plena, aquella que por sí sola, y sin la concurrencia de ninguna otra, basta para demostrar el hecho y producir convicción de certeza (criterio de certeza).

Son tales: los instrumentos públicos, en aquello en que les atribuye este valor el legislador (artículo 1700, inciso 1.º); la presunción de derecho (artículo 47, inciso final); la confesión de parte sobre hecho personal (artículo 1713); y la inspección personal del tribunal (artículo 408 del Código de Procedimiento Civil). Estos son los casos en que la ley atribuye valor de plena prueba a determinadas probanzas.

Los otros medios probatorios —instrumentos privados, presunciones judiciales, testifical e informe de peritos—, también pueden constituir pruebas plenas, pero con tal de que concurren las circunstancias que en cada caso exige la ley, y que semejante valor demostrativo se lo dé el tribunal dentro de su racional criterio de certeza.

Es prueba semi-plena, en cambio, aquella que por sí sola no basta para demostrar el hecho y producir convicción de certeza, sino que requiere la concurrencia de otros medios probatorios (criterio de probabilidad).

Es lo que acontece, por ejemplo, con un principio de prueba por escrito —cuyo concepto lo da el artículo 1711, inciso 1.º—,

caso en el cual es admisible la testifical, precisamente para completar la semi-plena prueba. Asimismo, en aquellas situaciones en que el medio probatorio no tiene asignado por el legislador el valor de plena prueba, queda con el carácter de prueba incompleta o semi-plena si el tribunal no se forma convicción de certeza o no se reúnen los requisitos mínimos que la ley exige para que el juez pueda racionalmente atribuirle tal calidad (artículos 384 y 426, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil).

e) Prueba judicial y extrajudicial.—Es prueba judicial la que se produce ante el tribunal que conoce de la causa. Es extrajudicial; la que se produce fuera del proceso o ante otro tribunal que el de la causa. Las estudiaremos en detalle en el capítulo siguiente.

En suma: las categorías precedentemente señaladas convienen a todos los medios probatorios y a cada uno de ellos en particular. Así tenemos, por ejemplo, que el instrumento público es prueba escrita, pre-constituída, directa, plena y en la mayoría de los casos, extrajudicial.

De ellas, las categorías más importantes son, indudablemente, la prueba plena y la semi-plena; la judicial y la extrajudicial.

Al referirnos más adelante a la valoración probatoria, analizaremos en especial las pruebas plenas y semi-plenas.

A continuación entraremos al estudio de las pruebas judiciales y extrajudiciales.

IV.—Prueba Judicial y Extrajudicial.

21.—Concepto. 22.—Prueba Judicial. 23.—Prueba Extrajudicial. 24.—Influencia de la cosa juzgada criminal en lo civil.

21.—**Concepto.**—Dijimos que la prueba es judicial cuando se produce ante el tribunal que conoce de la causa. Y que es extrajudicial si se produce fuera del tribunal o ante otro que no sea el de la causa.

Como vemos, esta clasificación atiende únicamente a la producción de la prueba, en relación con la autoridad ante la cual se efectúa.

De manera que ella no conviene al concepto intrínseco de cada medio probatorio, pero naturalmente constituye un elemento

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

163

de valoración en definitiva. De aquí que no valga lo mismo una probanza judicial que una extrajudicial.

Así, tenemos que hay pruebas que no pueden producirse sino ante el tribunal que conoce de la causa, esto es, que sólo pueden ser judiciales. Tales son: las presunciones, la inspección personal del tribunal y el informe de peritos.

En cambio, las restantes —instrumentos, testifical, confesión de parte— pueden producirse ante otro tribunal o fuera de los tribunales, en su caso. Así ocurre con las actas del estado civil —partidas— que son instrumentos públicos que producen prueba fuera de toda contienda; lo mismo sucede con la mayoría de los instrumentos públicos —escrituras o copias de inscripciones de registros públicos, actas notariales, etc.—.

Los testigos pueden ser instrumentales; así ocurre, por ejemplo, en la escritura pública, en el testamento o en las informaciones matrimoniales, tratándose de la testifical extrajudicial.

Finalmente, la confesión de parte puede perfectamente ser extrajudicial, sea porque se preste fuera de todo juicio o ante tribunal incompetente, pero que ejerce jurisdicción, o ante otro Juez que no sea el de la causa. En general, la ley le atribuye el valor de presunción, salvo que se preste entre los mismos actuales litigantes, en otro juicio y que concurren motivos poderosos, caso este último en que el Juez puede darle valor de plena prueba (artículo 398 del Código de Procedimiento Civil).

Las declaraciones de los testigos instrumentales no tienen más valor que el asignado por la ley al respectivo instrumento en que constan, en el cual es previo distinguir entre las declaraciones del funcionario autorizante, las de las partes otorgantes y las de los testigos, así como también si ellas son dispositivas o enunciativas.

Esta materia se tratará en particular más adelante.

22.—Prueba Judicial.—Por regla general, esta prueba tiene la característica de ser "controvertida", porque se produce ante el Juez que conoce de la causa y habiendo litis o contienda pendiente.

Pero también puede ocurrir que se rinda una prueba judicial, sin que exista contienda pendiente. Tal es el caso de: a) Las me-

didias prejudiciales; b) La prueba rendida en actos de jurisdicción voluntaria; y c) Las informaciones sumarias.

a) **Las medidas prejudiciales.**—Son aquellas que el Código de Procedimiento Civil concede al que pretende demandar, contra el futuro demandado, a fin de preparar el juicio (artículo 273, inciso 1.º del Código de Procedimiento Civil).

Son verdaderas pruebas pre-constituídas y consisten fundamentalmente en dos medios: la confesión (declaración jurada) y el ejercicio de la acción ad-exhibendum.

La confesión preparatoria puede recaer, ya sobre la capacidad, personería y nombre o domicilio de los representantes del demandado (artículo 273, N.º 1.º del Código de Procedimiento Civil), o bien, sobre el reconocimiento jurado de firma puesta en instrumento privado (artículo 273, N.º 5.º del Código de Procedimiento Civil).

En virtud de la acción ad-exhibendum, el actor futuro puede pedir que la persona a quien pretende demandar le exhiba o muestre: la cosa objeto de la acción a entablarse (artículo 273, N.º 2.º del Código de Procedimiento Civil); instrumentos públicos o privados de interés general (artículo 273, N.º 3.º del mismo cuerpo legal); o, también, libros de comercio relativos a negocios en que es parte el solicitante (artículo 273, N.º 4.º del Código mencionado).

El reconocimiento jurado de firma debe decretarse en todo caso; las medidas restantes, según estime de conveniencia el tribunal para que el demandante pueda entrar a juicio (artículo 273, inciso final del Código de Procedimiento Civil).

También el Código de Procedimiento Civil permite (artículos 281, 284 y 286), en casos graves y urgentes o de inminente ausencia o de impedimento próximo y grave, que se reciban como prejudiciales la inspección del tribunal, el informe de peritos, la testifical y la confesión de parte.

Estas medidas se conceden incluso al que teme ser demandado (artículo 288 del Código de Procedimiento Civil).

En todas estas situaciones nos hallamos ante una prueba producida judicialmente, pero sin existir pendiente contienda alguna. Aun pueden tales medidas prejudiciales decretarse sin audiencia

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

165

del contrario, salvo que fuere menester su intervención, como ocurre con la exhibición (artículo 289 del Código de Procedimiento Civil).

La resistencia u oposición a estas medidas tiene sanción en el Código de Procedimiento Civil (artículos 274, 276, 277, 278, 282 inciso final, 284 inciso 2.º y 285).

b) **Pruebas en actos de jurisdicción voluntaria.**—Sabemos que son actos de la jurisdicción voluntaria o no contenciosos, aquellos en que según la ley se requiere la intervención del juez, sin promoverse contienda alguna entre partes (artículo 817 del Código de Procedimiento Civil).

En esta jurisdicción el tribunal puede proceder de dos maneras: de plano o con conocimiento de causa.

En el primer caso no es necesario antecedente probatorio alguno, desde que decide a su arbitrio el tribunal. Es la forma como procede el juez en los negocios no contenciosos que no tienen señalada tramitación especial (artículo 824 del Código de Procedimiento Civil). No obstante, el artículo 820 del Código mencionado le autoriza para dictar resolución pidiendo la información que estime conducente al caso.

En el segundo caso, esto es, cuando el juez debe obrar con conocimiento de causa, sí que deben allegársele por el interesado los medios probatorios pertinentes (artículo 824 inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil). Y tales medios de prueba son los que ya hemos señalado, producidos aquí al margen de contienda judicial. Es una prueba incontrovertida.

Esta prueba presenta dos características: la primera es la de que se admite como forma de producción probatoria la información sumaria (artículo 818, incisos 1.º y 2.º y artículo 824, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil); y la segunda es la de que la valoración se hace por el sistema de persuasión moral (artículo 819).

c) **La información sumaria.**—No es un medio de prueba especial, que haya que agregar a los ya mencionados, sino que constituye una forma procesal, sui generis, de producir cualquier prueba.

Se caracteriza porque en ella el medio de prueba se produce sin notificación ni intervención de contradictor y sin señalarse

término probatorio (artículo 818, inciso final del Código de Procedimiento Civil).

De manera que, mediante información sumaria, puede producirse la prueba de confesión o el informe pericial. Eso sí que la más frecuente es la testifical. La Ley N.º 5.931, de 28 de Septiembre de 1936, dispuso que las informaciones sumarias de testigos fueran recibidas por un Receptor del respectivo Juzgado. Así se hace actualmente, con gran desmedro de la seriedad en la producción de esta prueba.

En todos los casos en que la ley ordena al Juez proceder "con conocimiento de causa" (artículos 150, inciso 3.º y 1754, inciso 1.º, para no citar sino dos de los más importantes), el tribunal debe resolver recibiendo, previamente, información sumaria de testigos (artículo 824, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil), sin perjuicio de pedir otros antecedentes (artículo 820 del mismo Código) —para lo cual puede actuar de oficio—, y de que en definitiva aprecie prudencialmente la prueba (artículo 819).

23.—Prueba Extrajudicial.—Ya dijimos que prueba extrajudicial es aquella que se produce fuera del tribunal o ante otro que no es el de la causa.

a) **Prueba producida fuera del tribunal.**—Nótese bien que decimos "producida" y no "generada o constituida" fuera del tribunal. Esto tiene importancia, porque las pruebas pre-constituídas se generan fuera del tribunal, pero ello no obsta a que se produzcan, esto es, se suministren o hagan valer dentro del juicio y que, consiguientemente, sean judiciales.

Fuera del tribunal pueden producirse todas las pruebas, menos las de presunciones, inspección personal del juez e informe pericial.

Y así, puede haber testigos instrumentales de un acto —pagaré firmado ante testigos; testigos testamentarios—; la confesión puede prestarse ante otra autoridad, administrativa por ejemplo; y tocante a los instrumentos públicos o privados, la cuestión no presenta ningún problema en orden a su ocurrencia, ya que es lo más frecuente que los instrumentos tengan valor probatorio extrajudicial en todas partes; los instrumentos privados no lo tienen menos, cuando no son objeto de impugnación.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

167

En realidad, la cuestión de establecer en este caso el valor probatorio, queda reducida a la prueba confesional. Esto, porque los testigos instrumentales —y no pueden constituir de otra manera prueba extrajudicial— y los instrumentos públicos tienen el mismo valor que la ley asigna a las declaraciones constantes en instrumentos públicos o privados, siendo entonces del caso determinar la clase de declaración dispositiva o enunciativa que en el instrumento aparece, para concluir sobre el valor probatorio predeterminado en los artículos 1700, 1702 y 1706 del Código Civil.

Tocante a la confesión extrajudicial, ya dijimos que, en general, ella tiene el mérito de servir de base a presunción judicial (artículo 398 del Código de Procedimiento Civil).

Las pruebas producidas ante autoridades administrativas se rigen por las leyes especiales que las determinan, pero en juicio posterior no tienen mayor valor que el que procesalmente les corresponde, sin perjuicio de que el tribunal califique su procedencia o improcedencia.

Así, en el Decreto Supremo Número 1.600, de 31 de Marzo de 1931, sobre Propiedad Austral, se dió competencia al Presidente de la República (artículo 7.º) para reconocer como válidos los títulos de quienes, reuniendo los requisitos de la ley, acreditaran posesión material. Al efecto, el artículo 7.º inciso penúltimo, estableció que dicha posesión material podría acreditarse ante el Presidente de la República mediante el comprobante de pago de las contribuciones efectuado durante a lo menos los últimos diez años.

Esto quiere decir que, valiéndose de tal instrumento público —comprobante de pago de contribuciones por el tiempo indicado— se prueba la posesión material, pero ello no autoriza, posteriormente a la resolución del Presidente de la República, para iniciar acciones judiciales y pretender producir en el juicio civil respectivo esta misma prueba, como incontrastable y plena. Porque el medio de prueba producido administrativamente no tiene más valor en juicio que el que le atribuyen el Código Civil o el de Procedimiento sobre la materia.

Otra cosa es que el carácter de la resolución del Presidente de la República, en este caso, o de la respectiva autoridad adminis-

trativa, dentro de su jurisdicción, provoque la incompetencia de los tribunales para conocer y juzgar sobre la misma cuestión si se les propone.

b) **Prueba producida ante otro tribunal, que no es el de la causa.**—Cabe preguntarse: ¿los medios de prueba producidos ante otro tribunal que el de la causa, pueden acreditar ante éste en el litigio pendiente?

Desde luego, hay que excluir el informe pericial. La jurisprudencia ha resuelto que "es nula la sentencia de segunda instancia que revocando la de primera desecha una demanda, fundándose en la copia de un informe de un ingeniero presentado en otro juicio seguido entre el demandado y otra persona distinta, dando a este informe el valor probatorio de un informe pericial producido en el juicio y atribuyéndole una eficacia decisiva en la resolución del asunto controvertido. La sentencia adolece del vicio del N.º 9 del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, porque se funda en una diligencia probatoria que no se ha practicado en el juicio con el carácter que se le atribuye, desde que no se decretó por el tribunal ni se observaron los preceptos sobre nombramiento de perito, y la simple agregación del documento a los autos, con citación, no basta para considerarlo informe pericial, porque no se han llenado respecto de ese medio de prueba, trámites esenciales cuya omisión origina la indefensión de la contraria" (30).

También hay que excluir la hipótesis de que produzca valor probatorio en este caso, la inspección personal llevada a cabo en otro juicio; el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil sólo se refiere al tribunal que conoce de la causa y lo reafirma el artículo 405 del mismo Código.

Finalmente, las presunciones, por su naturaleza misma, no pueden servir a otro Juez para valorar determinados hechos (31).

La cuestión se reduce, pues, al igual que en el caso anterior, a determinar si los instrumentos, la testifical y la confesión rendi-

(30) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 7, Sección 1.ª, pág. 387.

(31) Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N.º 58, página 675.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

169

das ante otro tribunal que el de la causa, son admisibles como pruebas ante este último.

Nos parece fuera de duda que, teniendo los instrumentos un valor intrínseco y pre-determinado en la ley, ellos probarán en cualquier juicio, si se producen oportunamente y con las formalidades legales.

La confesión prestada ante otro tribunal que el de la causa presupone una distinción: a) Si el otro litigio no se ha seguido entre las mismas partes, la confesión es base de presunción grave (artículo 398, inciso 2.º, primera parte, del Código de Procedimiento Civil); y b) Si el otro juicio se ha seguido entre las mismas partes, la confesión puede ser plena prueba, si habiendo motivo poderoso, el tribunal lo estima así (artículo 398, inciso 2.º, segunda parte, del mismo Código).

La testifical rendida en un juicio, no tiene valor alguno en otro, pues es una prueba esencialmente controvertible (32).

No obstante, los hechos que aparecen de actuaciones judiciales producidas en otra causa seguida entre las mismas partes —como ser, por ejemplo: el de haberse demandado y notificado legalmente una demanda; el de haberse dictado un auto de prueba, etc.— y que están certificados por un ministro de fe, deben tenerse por verdaderos, siendo en realidad, a este respecto, instrumentos públicos los documentos del proceso en que tales actuaciones constan (artículo 427, inciso 1.º del Código de Procedimiento Civil). Verdad que es controvertible como toda declaración contenida en instrumento público.

Asimismo, y en obsequio a la cosa juzgada, deben reputarse verdaderos los hechos que por tales se tienen en una sentencia ejecutoriada, recaída en otro juicio seguido entre las mismas partes. Pero tal presunción es simplemente legal (artículo 427, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil).

(32) Véase jurisprudencia citada en nota anterior. La doctrina de este fallo es acertada en cuanto se refiere a la inadmisibilidad de la testifical y pericial, pero ha de tomarse con reserva en relación con la instrumental, según explicamos en el texto y sin perjuicio del efecto probatorio que se sigue de la cosa juzgada criminal en el proceso civil.

En realidad, las dos últimas situaciones recién enunciadas constituyen dos casos de presunciones legales, que admiten prueba en contrario y cuyas bases son, respectivamente, actuaciones instrumentales en un caso, y declaraciones, también instrumentales de la sentencia, en el otro.

Ahora bien, para los efectos de producir en un juicio los medios probatorios rendidos en otro, es menester llevar a aquél las probanzas que rolan en el expediente de éste. Con tal fin, debe pedirse que se tenga a la vista tal expediente, en parte de prueba, con citación, es decir, considerado el expediente como un instrumento que se produce en juicio debe ordenarse por el tribunal agregarlo con citación, pudiendo oponerse la parte contraria, oposición a la que se le dará la tramitación incidental.

Si no se agregare en esta forma, se omitiría un trámite esencial, omisión que da base a un recurso de casación de forma (33). En una oportunidad se falló que "era nula la sentencia que no ponderaba los antecedentes constantes en proceso que se ordenó tener a la vista" (34).

Resumiendo, concluimos, por consiguiente, que los únicos medios probatorios que, producidos en un juicio, tienen eficacia probatoria en otro, son los instrumentos y la confesión de parte, siempre que se reúnan las condiciones que se han dejado expuestas.

24.—Influencia de la cosa juzgada criminal en lo civil.—Un caso en que las pruebas producidas en un juicio, que ha terminado por sentencia ejecutoriada, son eficaces en otro, es el de los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, que se refieren a la influencia de la cosa juzgada criminal en lo civil.

Lo anterior, porque, con el mérito de las probanzas rendidas en el procedimiento criminal, se establecerá en el juicio civil la responsabilidad civil del autor, sin que sean admisibles pruebas contrarias a este efecto.

(33) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 29, Sección 1.a, pág. 164.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 30, Sección 1.a, pág. 340.

(34) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 35, Sección 1.a, pág. 49.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

171

Pero, en realidad, en este caso se trata, más que de una consecuencia probatoria, del efecto propio de la cosa juzgada que tienen la sentencia firme condenatoria criminal y la absolutoria en el caso del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, sobre el procedimiento civil.

Nos referiremos a esta materia en detalle al tratar sobre la admisibilidad probatoria.

V.—Retroactividad y territorialidad en materia probatoria.

25.—La ley probatoria con relación al tiempo. 26.—La ley probatoria respecto al espacio.

25.—La ley probatoria con relación al tiempo.—Sabemos que en materia de retroactividad el principio general está contenido en el artículo 9.º del Código Civil, en cuya virtud "la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo"; resolviéndose los conflictos que resulten de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas por la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, de 7 de Octubre de 1861 (artículo 1.º de dicha Ley), la cual se inspira en la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas (artículo 7.º, inciso 1.º).

De esto fluye que la ley nueva puede alterar las condiciones de la antigua si ésta atribuye sólo meras expectativas, mas no si concede derechos adquiridos.

A este respecto, y en materia probatoria, hay principios en que todos los tratadistas están de acuerdo (35), y que son los siguientes:

a) Si el medio de prueba es exigido al mismo tiempo como solemnidad del acto, este último puede probarse con él, aun bajo el imperio de una ley posterior, cualesquiera que sean las exigencias de esta ley aboliendo o alterando dicha solemnidad y probanza. Por

(35) Lessona, Carlos, obra citada, Tomo I, N.º 32, página 82. Fiore V., "De la retroactividad e interpretación de las leyes", páginas 446 y siguientes; Planiol, Marcel y Ripert, Georges, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo 7, N.ºs 1430 y 1431, página 772.

ejemplo, si se dictara una nueva ley que dispusiera que el reconocimiento de hijo natural debe probarse con la testifical, los reconocimientos efectuados antes se acreditarían eficazmente mediante el instrumento público y el testamento, que son hoy día solemnidad y prueba de dicho acto jurídico.

b) En lo tocante a la producción de la prueba en juicio, sólo hay meras expectativas; de aquí que en este orden prevalece la ley nueva desde su vigencia. Es el aspecto procesal de la prueba. Nadie tiene derecho adquirido a probar en una forma determinada.

En lo que las opiniones discuerdan, es en lo relativo a la influencia del cambio de legislación en orden a la creación o supresión de los medios probatorios, a su admisibilidad y a su valoración.

En el campo doctrinal se han enunciado principalmente dos tesis, según que se estime que en estas cuestiones hay derecho adquirido o mera expectativa.

Primera tesis.—Según ésta, siempre debe prevalecer la ley antigua y, en consecuencia, el medio probatorio que ella concede es operante aunque la ley nueva lo derogue; y, a la inversa, el medio que la antigua ley no contemplaba y concede la nueva, no es admisible para demostrar los hechos o actos suscitados bajo la antigua ley (36).

Algunos, si, admiten el imperio de la nueva ley en cuanto contemple nuevos medios que, por lo tanto, serían eficaces para justificar hechos acaecidos o actos celebrados bajo la anterior legislación.

Iguals reglas preceptúan en lo relativo a la admisibilidad y valoración de los medios probatorios. La admisibilidad estaría siempre regida por la ley antigua; de manera que el medio declarado admisible por una ley anterior, seguiría siéndolo aunque una posterior lo derogara; con la variante, de algunos, en el sentido de aplicar la nueva ley en cuanto extienda la admisibilidad a nuevos casos. A su vez, los más estrictos sostienen que el medio inad-

(36) Bonnier, Eduardo, obra citada, Tomo 2, N.º 920, página 587.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

173

misible bajo la ley anterior, sigue siéndolo bajo la posterior, para probar hechos generados precedentemente a ella.

Argumentan estos últimos que existe derecho adquirido a probar o no probar con determinado medio, y también derecho adquirido a no ver contradichas sus probanzas sino con los medios de prueba a la sazón establecidos.

Por ejemplo, si se contrata sabiendo que con prueba testifical no podrá impugnarse un contrato y sus estipulaciones, la parte tendría derecho adquirido a que se mantenga tal situación, a pesar de que una nueva ley admita esa impugnación.

Igual argumento se invoca en orden a la valoración de cada medio de prueba.

Segunda tesis.—Es la más aceptada y la que sigue Gabba (37), uno de los autores más eminentes en materia de retroactividad, quien dice: "Por el solo concepto de la adquisición de un derecho, no se consigue el derecho de probar del mismo modo la pretensión con los medios probatorios admitidos por la ley bajo cuyo imperio se adquirió. Lo cual nos parece justísimo, puesto que en el acto de la adquisición de un derecho no hay para qué atender a la contingencia de una futura discusión en la cual tuviere que probarse la propia pretensión".

"Siendo el probar poner en claro la verdad, y el fin de la prueba persuadir al juez, los medios más apropiados a este objeto y los más seguros fundamentos de persuasión no pueden encontrarse en ninguna parte más que en la ley nueva, dictada ciertamente para enmendar y perfeccionar la anterior".

En realidad, según esta tesis, en todo caso rige la ley nueva respecto de la prueba de hechos originados o actos constituidos bajo el imperio de la ley antigua.

Esta opinión nos parece la más fundada, ya que en la materia en estudio no puede haber derechos adquiridos, tanto en razón de ser el sistema probatorio esencialmente de orden público, cuanto porque, de estarnos a la teoría clásica, el derecho a probar por

(37) Gabba, C. F., "Teoría de la retroactividad de las leyes", Tomo 4, páginas 504 a 533.

determinado medio o en determinada forma no reviste un carácter patrimonial —avaluable en dinero—, elemento este último esencial al derecho adquirido.

Como las meras expectativas no constituyen derecho, pueden, consiguientemente, ser alterados por la ley nueva sin caer en retroactividad.

Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.—Nuestro legislador, al igual que en otras materias, siguió un criterio ecléctico acerca de la retroactividad probatoria.

En efecto, después de sancionar las situaciones indiscutidas de que los medios de prueba, que son a la vez solemnidades, se rigen por la ley antigua, aún para producirse bajo el imperio de la ley nueva (artículo 18, inciso 1.º de la Ley citada, y artículo 23, en cuanto expresa este último: "...válidamente celebrados", esto es, celebrados conforme a las solemnidades vigentes a la fecha del otorgamiento), y después de legislar sobre el vigor in actum de la ley nueva en orden a la producción de las probanzas (artículos 22, N.º 1.º y 23 parte final, de la Ley aludida) —con la limitación procesal de que los plazos y diligencias pendientes se rigen por la ley antigua (artículo 24)—, a continuación, y en el artículo 23, primera parte, hace "facultativo" —emplea la expresión "podrán"— el uso, bajo el imperio de la nueva ley, de medios de prueba que establecía la ley anterior.

Esto nos conduce a las siguientes conclusiones:

a) La creación o supresión de medios de prueba no tendrían influencia entre nosotros, ya que siempre podría recurrirse al medio sancionado en la ley antigua, para probar el hecho o acto constituido bajo su vigencia. Aun cuando esta prueba debiera producirse bajo una ley nueva que desconoce ese medio probatorio.

En concreto, es el caso de si actualmente podría probarse por medio del juramento deferido un acto celebrado en 1930.

Nos parece que el problema no es tal, ya que la ley nueva, al desconocer el medio de prueba, deroga todas las normas procesales que rigen su producción en juicio —como ocurrió con el juramento deferido—, con lo cual la posibilidad de optar que acuerda el artículo 23 queda anulada totalmente. No hay forma de rendir ese medio de prueba.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

175

b) La cuestión ofrece más interés, si la modificación de la ley nueva dice relación con la admisibilidad o inadmisibilidad de la probanza.

Es indudable que éste es el caso a que se ha referido el artículo 23 de la ley ya mencionada.

En este aspecto, si la antigua ley declaraba admisible un medio que la nueva declara inadmisibile, es indudable que los actos generados bajo la antigua pueden probarse por ese medio.

Por ejemplo, entre nosotros hasta hace muy poco tiempo se aplicó la Ley 11 de Toro, en cuya virtud el estado civil de hijo natural podía acreditarse con testigos, en cuanto a ciertas circunstancias; regla probatoria que se aceptó aún bajo la vigencia del Código Civil, que declaró inadmisibile tal medio de prueba y lo sustituyó por el instrumento público o el testamento, en razón de que se trataba de hechos generados antes bajo las leyes españolas. Aplicación del artículo 23 de la Ley de Efecto Retroactivo.

Naturalmente, que si la ley antigua declaraba inadmisibile un medio probatorio y lo admite la ley nueva, la parte se estará a la nueva ley. Lo mismo pasará si se amplian los casos de admisibilidad. Es la aplicación del artículo 9.º del Código Civil (38).

Pero si los casos de admisibilidad se restringen, la parte podrá, en uso del artículo 23, valerse del medio admisible según la antigua ley.

Todo lo dicho se comprende respecto de hechos o actos jurídicos constituidos bajo la ley antigua, ya que los acaecidos bajo la vigencia de la nueva ley son cogidos por el efecto inmediato de ésta, al tenor del artículo 9.º del Código Civil.

c) Finalmente, en orden a la valoración de las pruebas debe regir plenamente el artículo 9.º, esto es, debe prevalecer el efecto in actum de la ley nueva. Razones: 1.º) Es una materia esencialmente de orden público; 2.º) Son normas que determinan la conducta del juez para producir la certeza, y esta circunstancia acaece,

(38) Claro Solar, Luis, en su obra ya citada, Tomo I, N.º 151, página 83, manifiesta tener dudas en la solución de este punto. No obstante, la redacción del artículo 23, que hace facultativo el empleo de la probanza y el principio general del efecto inmediato de la nueva ley (artículo 9) conducen a eliminar toda duda.

no bajo el imperio de la antigua, sino de la nueva ley vigente a esa fecha; y 3.º) No autoriza el artículo 23 para recurrir en este caso a la ley antigua, pues su alcance se limita sólo a la admisibilidad de los medios de prueba.

Igual solución debe existir si lo cuestionado es el *onus probandi*.

La Corte Suprema ha resuelto: "La apreciación de la prueba es privativa del tribunal sentenciador y dicha apreciación debe hacerse con arreglo a las leyes vigentes a la fecha en que se dicta la sentencia y no con arreglo a las leyes posteriores que no tienen efecto retroactivo" (39).

26.—**La ley probatoria respecto al espacio.**—La cuestión estriba aquí en determinar si un hecho acaecido o un acto ejecutado en un lugar y que debe cumplirse en otro, se prueba conforme a la ley de aquél o de este último.

Dos principios adoptan las legislaciones sobre el particular: el de la "lex fori" —ley del tribunal que conoce del asunto—; y el principio "locus" o "lex locus regit actum" —ley del lugar en que se constituye el acto.

Gran parte de las legislaciones extranjeras adoptan el principio de la "lex fori", basándose en que si la finalidad de la prueba es llevar la certeza al ánimo del juez, no es propio que se le imponga con tal objeto el derecho extranjero.

Pero la cuestión no aparece tan clara en los casos en que se reconoce eficacia en un Estado a las relaciones jurídicas generadas en otro, y en que se hace regir la ley extranjera para tales relaciones, pues entonces es lo propio que la misma ley rija lo pertinente a la prueba.

Al efecto, se hace la clásica distinción entre las reglas probatorias ordenatoria litis y las decisoria litis (40).

Las ordenatoria litis, que miran a la forma de producción de la prueba, están sujetas a la "lex fori" o del juzgador.

(39) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 3, Sección 1.ª, pág. 217.

(40) Bonnier, Eduardo, obra citada, Tomo II, N.º 920, página 587. Maniol y Ripert, obra citada N.º y página citados en la nota N.º (35).

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

177

La decisoria litis, que tocan al onus probandi, la admisibilidad de las probanzas y su valoración, son regidas por la ley "locus" o del lugar en que se generó el acto. Merlin ha dicho: "La ley del lugar en que se celebró el acto es la única que puede atestiguar su veracidad".

Pero estos principios no son aceptados universalmente, y es así como, si bien en materia de prueba instrumental se admite la regla "locus", probada la autenticidad por la legalización, el propio Código de Bustamante (artículo 401) preceptúa que "la apreciación de la prueba depende de la ley del Juzgador". El mismo cuerpo de leyes internacionales acepta la regla "locus" en cuanto a la admisibilidad, con limitaciones (artículo 399), y la "lex fori" en el procedimiento de producción de la prueba. En cuanto al onus probandi, sigue la ley que rige la relación jurídica sub-lite (artículo 398) pudiendo, por lo tanto, ser una u otra.

Legislación chilena.—En nuestra legislación, el principio de la territorialidad es la regla general (artículo 14) y, en consecuencia, todo hecho o acto jurídico que deba probarse en Chile, aunque se haya originado o constituido en país extranjero, deberá sujetarse a la ley chilena.

Y no cabe duda de que es así en lo relativo a la forma de producción y a la valoración probatoria, no sólo porque el precepto del artículo 14 del Código Civil expresamente lo dispone, sino porque, además, el artículo 1.º del Código de Procedimiento Civil así lo deja ver, y es en este cuerpo de leyes donde se contienen las disposiciones principales que rigen a estos respectos.

En orden al onus probandi, si los derechos y obligaciones que del contrato emanan —efectos del contrato— se rigen por la ley chilena, en cuanto el contrato debe cumplirse en Chile (artículo 16 inciso final del Código Civil), con mayor razón la necesidad de probar los hechos o actos en que tales derechos u obligaciones se fundamentan incumbirá a aquél que determine la ley chilena.

Es ésta una cuestión de fondo, que debe estimarse conexas al "efecto mismo" del contrato.

Pero sabemos que el artículo 16 inciso 1.º del Código Civil —que contempla la territorialidad en relación con los bienes—, tiene dos excepciones:

a) El inciso 2.º del mismo artículo, en cuanto reconoce valor a las estipulaciones contenidas en contratos otorgados "válidamente" en país extraño. De consiguiente, para juzgar sobre la validez de la estipulación habrá que estarse al derecho extranjero y en conformidad a éste determinar el onus probandi. Salvo, naturalmente, los casos del artículo 15, N.º 1.º, en que recupera su vigor la ley chilena;

b) El artículo 955, inciso 2.º, que dice que en materia sucesoria rige la ley extranjera del último domicilio del causante. Por lo tanto, también en lo referente al onus probandi, en este orden, habrá que estarse al derecho extranjero, sin perjuicio de los casos de contra-excepción contemplados en el artículo 998, en que rige la ley nacional chilena.

Finalmente, en lo que se refiere a la admisibilidad de las pruebas, nuestra legislación no se pronuncia sino respecto de la prueba instrumental.

En este particular se informa ella en el principio "locus regit actum" y lo acepta siempre que se cumplan las exigencias que ordena, a saber: 1.º) que se observen en el otorgamiento del instrumento las formalidades del derecho extranjero (artículo 17, inciso 1.º); 2.º) que se obtenga la legalización del instrumento para acreditar su autenticidad (mismo artículo e inciso y artículo 345 del Código de Procedimiento Civil); y 3.º) que se trate de instrumentos públicos, si lo que se pretende probar es un acto para cuya justificación la ley chilena no admite instrumentos privados otorgados en el extranjero, cualquiera que sea la eficacia atribuida a éstos fuera de Chile (artículo 18).

Reitera la aceptación de la regla "locus" en los artículos 1027 —sin aceptar el testamento verbal otorgado en el extranjero—, 2411 y 15, inciso 1.º de la Ley de Matrimonio Civil, de 10 de Enero de 1884.

La Corte Suprema ha resuelto que el principio "locus regit actum" es común a instrumentos públicos y privados, incluso a las letras de cambio (41).

(41) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 25, Sección 1.ª, pág. 544.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

179

No obstante, si el acto puede celebrarse en el extranjero en conformidad a la ley chilena, nada impide que así se haga. La máxima "locus" es facultativa. Tal es, por ejemplo, el caso del artículo 1028 del Código Civil, en materia testamentaria.

Ahora bien, y respecto a la admisibilidad de los otros medios de prueba que no son los instrumentos, cabe preguntarse: ¿rigen las limitaciones de nuestras leyes o las del Estado en que se constituyó el acto a probarse?

Creemos que, por regla general, rige la ley chilena. Esto, por argumento a fortiori, porque si ésta rige los efectos del acto o contrato, hasta llegar a determinar los derechos y obligaciones que de él emanan, no cabe duda de que le corresponde también preceptuar sobre los medios admisibles e inadmisibles para probar los supuestos con base a los cuales atribuye esos derechos o impone tales obligaciones (artículo 16, inciso final del Código Civil). El artículo 18 del mismo Código suministra un argumento en un caso particular de inadmisibilidad. Igual precepto rige respecto de los Estados signatarios del Código de Bustamante.

Todo lo dicho, con excepción de los casos contemplados en los artículos 16, inciso 2.º y 955, inciso 2.º del Código Civil, desde que, aplicándose entonces el derecho extranjero, también rige éste en lo relativo a la admisibilidad de los medios de prueba.

Y con la salvedad, ya anticipada, del artículo 15 en que la ley chilena recupera en tales actos o relaciones todo su vigor, pese a que sobrevengan en el extranjero. Y así, un chileno residente en país extranjero no podrá acreditar en Chile, mediante posesión notoria, determinado estado civil que lo ligue a un pariente chileno, sino ateniéndose a las reglas sobre admisibilidad de esta probanza que fija la ley chilena (artículos 309 al 313 del Código Civil).

(Continúa.)

* * * * *