

REVISTA DE DERECHO

AÑO XVIII OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1950 N.º 74

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)

VII.—El objeto de la Prueba.

36.—Qué es lo que debe probarse. 37.—La prueba y las cuestiones de derecho. 38.—Prueba de la costumbre. 39.—Prueba de la ley extranjera. 40.—Prueba de las cuestiones de hecho. 41.—Hechos positivos y negativos; su prueba. 42.—Hechos ilícitos; su prueba.

36.—Qué es lo que debe probarse.—Al referirnos anteriormente al onus probandi, determinamos los principios y preceptos en cuya virtud se esclarece el sujeto que en el juicio está en la necesidad de suministrar la prueba de la alegación. La cuestión que ahora nos preocupará será la relativa a determinar sobre qué debe versar o recaer la demostración que la parte produzca.

Materia fué ésta, ya insinuada en la definición misma de lo que se entiende por probar, según vimos al comienzo. En efecto, si definíamos la prueba diciendo que "es la demostración, producida por los medios legales, en orden a la verdad de un hecho o de un acto, para atribuir eficacia a un derecho o a una situación jurídica cualquiera", se desprende de aquí con claridad que son los hechos y los actos jurídicos los que constituyen el objeto de la prueba; es lo que debe probarse.

Y decimos hechos jurídicos o actos jurídicos, pues aunque a primera vista pudiera parecer que son los simples hechos materiales los susceptibles de la prueba —por ejemplo, la existencia de una cosa, la destrucción de un mueble o la usurpación de un predio—, la verdad es que, como de tal hecho fluye precisamente un efecto de derecho cuyo establecimiento a la parte interesa demostrar, se trata realmente de un hecho jurídico; y a este respecto la situación es evidente con relación a los actos jurídicos, en que lo que los caracteriza es, desde luego, la intervención de la voluntad del hombre tendiente a producir efectos de esta índole.

Así, tenemos que se probará un acto jurídico cuando se invoque la existencia de un testamento, de un contrato o de una convención cualquiera. En los demás casos, la prueba versará en torno a hechos jurídicos.

De lo anterior se puede inferir que sólo las "cuestiones de hecho" son objeto de la prueba, pero que no lo son las "cuestiones de derecho".

Son cuestiones de derecho todas las circunstancias relativas a la existencia y aplicación de las leyes positivas, así como las concernientes a la calificación jurídica del hecho o del acto y a las consecuencias de derecho de ellos derivadas.

Esta distinción adquiere especial importancia tratándose del ámbito de la casación de fondo, desde que ella sólo precede contra infracción de ley decisoria litis, mientras que los hechos se tienen por establecidos con el mérito de la prueba, tal como lo han hecho los jueces del fondo (artículos 767, inciso 1.º, 785 y 807 del Código de Procedimiento Civil). De modo que las cuestiones de hecho quedan inamoviblemente fijadas en la segunda instancia con el mérito de la prueba rendida, y sólo las cuestiones de derecho, en cuanto implican incorrecta aplicación de la ley positiva o haberle dado un equivocado alcance, se sujetan al control de la Corte de Casación, la que con base a los antecedentes probatorios ya establecidos, resuelve en derecho.

De manera que los hechos se alegan y se prueban; en cambio, la ley y las cuestiones de derecho sólo se alegan, pero no es menester probarlas; ellas admiten interpretación, proceso diverso al de la prueba.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

501

Finalmente, entre la prueba de los hechos y la de los actos jurídicos hay una diferencia notoria e importante. La prueba de los hechos puede producirse recurriendo a cualesquiera de los medios probatorios reconocidos por la ley; la prueba de los actos jurídicos, en cambio, tiene limitaciones de índole probatoria en cuanto a su admisibilidad (artículo 1709), o bien, relativas a la misma validez del acto —solemnidades— (artículo 1701); aparte de que es en los actos y no en los hechos jurídicos donde, por la naturaleza misma de las cosas, pueden exclusivamente operar las pruebas preconstituídas.

* * * * *

37.—La prueba y las cuestiones de derecho. — Antes que nada debemos precisar cuáles son estas cuestiones de derecho, para después estudiarlas desde el ángulo de la prueba.

Dichas cuestiones son: La existencia de la ley; la aplicación de la ley; la calificación jurídica de los hechos o de los actos jurídicos; y la derivación de efectos de derecho de dichos hechos o actos.

En cuanto a la existencia de determinada disposición legal invocada por la parte en su alegación, nunca será necesario probarla; bastará alegarla, ya que en virtud del precepto del artículo 8.º, la ley se presume conocida de todos, es decir, también del juez.

Aparte de lo anterior, la existencia de las disposiciones legales es algo perfectamente cierto, en virtud de su publicación oficial, trámite necesario para que ellas entren en vigor (artículo 7.º) (93).

La misma razón excluye la necesidad de la prueba de las disposiciones contenidas en decretos o reglamentos emanados de las autoridades públicas que integran el Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministros de Estado), porque estos últimos son publicados y su existencia es cierta.

Lo dicho no quita que las partes invoquen en sus alegaciones el derecho positivo como fundamento de sus pretensiones, ya que

(93) Pescio V., Victorio; obra citada, N.º 392, página 329.

precisamente en razón de esto el juez calificará la acción o la excepción, determinando su naturaleza, características y efectos. Pero lo importante es que las partes no se hallan obligadas a demostrar al tribunal que la disposición que invocan existe y si rige o está derogada.

En cuanto se relaciona con la determinación del sentido de la ley aplicable, el proceso no es de "prueba" sino que de "interpretación", que es en lo que consiste aplicar la ley al caso ocuriente. Proceso es éste que sólo incumbe al juez y para el cual las opiniones doctrinales o interpretativas de las partes, contenidas en sus alegaciones, no tienen otra fuerza que la de ilustrarlo en el fallo. Por lo tanto, nada tampoco hay que probar en esta situación.

Como veremos más adelante, los dos únicos casos en que se exigiría indirectamente la prueba de la ley serían: el de la costumbre, cuando tiene valor legal; y el de la legislación extranjera.

También es una cuestión de derecho, que en el fondo sólo involucra aplicación de la ley y no establecimiento de hechos, lo concerniente a la calificación jurídica que un tribunal hace de una acción, de una excepción, de hechos o de actos jurídicos.

Por ejemplo, la jurisprudencia ha fallado que "si bien es al actor a quien toca elegir la acción que va a ejercitar, no es menos cierto que el tribunal no sólo tiene el derecho sino la obligación de ver lo que aquélla significa ante la ley, para resolver sobre su eficacia o ineficacia ante ésta; y para este efecto es absolutamente necesaria la calificación jurídica de la acción. Calificar una acción, o sea, darle su cabal denominación en derecho, no es lo mismo que desentenderse de ella o cambiarla en otra distinta, si no se varían sus elementos substanciales" (94).

Y lo mismo había fallado anteriormente la Corte de Apelaciones de Santiago (95).

Naturalmente que, para llegar a la calificación, menester es basarse en los hechos o actos que mediante la prueba han que-

(94) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 46, Sección 1.a, pág. 665.

(95) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 39, Sección 2.a, pág. 41.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

509

dado demostrados, pero la calificación misma no requiere de especial prueba y es función intelectual del tribunal aplicando la ley.

Por eso, por ser la calificación de un hecho o de un acto cuestión de derecho, es que siendo errónea motiva un recurso de casación en el fondo.

Así, se ha fallado, por ejemplo, que hay calificación jurídica que cae bajo el control de la Corte de Casación, si "equivocadamente se califica un documento de escritura pública, no siéndolo" (96); "si se trata de establecer la naturaleza jurídica de un contrato y sus efectos" (97); "si se trata o no de un acto de comercio" (98); "si se trata de determinar el alcance jurídico de una asignación testamentaria" (99); "si hay o no reconocimiento de hijo natural en un acto" (100).

Y como al calificar erróneamente un contrato, el juez estaría apartándose del estatuto jurídico creado por las partes y atribuyéndole otro efecto que el querido por ellas, puede decirse que la infracción de la ley del contrato —errónea calificación— hace posible un recurso de casación en el fondo, pues en realidad se traduce la errónea calificación —cuestión de derecho— en una errónea aplicación de la ley (artículo 1545).

Es así como puede decirse que las reglas de interpretación de los contratos, de los artículos 1561 al 1566, no son leyes reguladoras de la prueba, sino directivas o consejos del legislador, tendientes a averiguar la intención de los contratantes, que es lo esencial en el contrato (artículo 1560), y que, una vez establecida, sirve de base a la calificación y es ley para los contratantes (101).

Pero, nótese que establecer esta intención o voluntad contractual en cada caso particular es cuestión de hecho y no de derecho, y que, por consiguiente, no es revisable en casación y queda sujeta a los jueces del fondo (102).

(96) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 5, Sección 1.a, pág. 40.

(97) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 7, Sección 1.a, pág. 461.

(98) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 19, Sección 1.a, pág. 522.

(99) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 36, Sección 1.a, pág. 552.

(100) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 45, Sección 1.a, pág. 497.

(101) Brain R., Héctor, "La interpretación de los contratos ante la doctrina y la jurisprudencia". Memoria, 1941. Concepción. N.º 48, página 49.

(102) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 46, Sección 1.a, pág. 566.

La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha uniformado últimamente en reconocer esta distinción entre la cuestión de derecho, que es la calificación jurídica del contrato, y la cuestión de hecho, que involucra la interpretación del mismo tendiente a establecer la voluntad contractual. Una sentencia definitiva al respecto puede considerarse la siguiente: "...La determinación de lo pactado en un contrato y del sentido y extensión del mismo, importa el establecimiento de un hecho del pleito, para lo cual los jueces de la instancia gozan de facultades privativas; y siendo así, y dado el fin esencial del recurso de casación en el fondo, respecto de las decisiones basadas en las estipulaciones contractuales de las partes, es incuestionable que dicho recurso sólo puede fructificar cuando en tales decisiones se califica indebidamente el contrato o se le atribuyen efectos jurídicos o consecuencias diversas de las que legalmente debe producir, infringiéndose así la ley positiva o la ley del contrato. Pero el recurso no puede tener cabida cuando lo que se objeta es únicamente la fijación que los sentenciadores, en conformidad a las pertinentes normas interpretativas, hayan efectuado acerca de la significación y alcance de un contrato, porque ella constituye un simple problema de hecho que queda al margen de la revisión del Tribunal de casación" (103).

De consiguiente, la interpretación del contrato, que esencialmente mira a fijar la intención contractual, es cuestión de hecho, no revisable en casación. En cambio, la calificación jurídica, que esencialmente mira a fijar la ley del contrato, tipificando su naturaleza jurídica y sus efectos con la base de la interpretación, es cuestión de derecho, revisable en casación de fondo si al hacerlo se infringe una ley decisoria *litis*.

Ejemplo de lo primero sería que el tribunal determinara si en el contrato de sociedad concurre o no el requisito de la "*afectio societatis*"; ejemplo de lo segundo tendríamos, si operando todos los elementos constitutivos de la sociedad, el tribunal calificara el contrato como mandato.

Para terminar, recordemos que la última cuestión de derecho es la relacionada con la derivación de los efectos jurídicos que emanan de los hechos o actos probados.

(103) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 44, Sección 1.ª, pág. 91.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

505

Esta determinación o atribución de efectos jurídicos también es llamado a hacerla el juez, y en ello se encuentra directamente ligado por la calificación que ha hecho del acto, pues según sea ella, así serán los efectos jurídicos que por aplicación de la ley deberá atribuir, reconocer o declarar en su sentencia.

Así, si ha calificado el contrato de sociedad, tendrá que acordar al socio acción resolutoria, en caso de que hubiere incumplimiento de la obligación de aporte del consocio,

Esta también es cuestión de derecho que no requiere de prueba, pues involucra una interpretación de ley; pero, naturalmente que, al igual que la calificación, si se atribuyen a un acto efectos equivocados, como habría infracción legal decisoria litis, procedería el recurso de casación en el fondo.

Resumiendo, todas las cuestiones de derecho que hemos estudiado no son materia de prueba, tanto porque no miran directamente a los hechos del juicio sino que a la interpretación o aplicación de la ley, como porque existen precisamente con base a los hechos ya establecidos mediante las respectivas probanzas. Excepciones que bien podrían no considerarse tales, según veremos más adelante, son: la costumbre, en los casos en que se le reconoce valor de ley, y la legislación extranjera.

38.—Prueba de la costumbre.—Sabemos que la costumbre, según Ruggiero, es el conjunto de actos generales, uniformes y constantes, acompañados de la convicción de su necesidad jurídica.

En nuestro Derecho Civil, para que la costumbre tenga valor de ley es menester que ésta se lo atribuya —costumbre secundum legem— (artículo 2.º), como ocurre en los casos de los artículos 1546, 1940, 1944, 1954 y varios otros del Código Civil.

En cambio, en nuestro Derecho Mercantil la costumbre tiene fuerza obligatoria legal en el silencio de la ley mercantil (artículos 1.º y 2.º del Código de Comercio) y de la ley civil (artículos 2.º y 4.º del Código de Comercio), que es primeramente supletoria.

Los hechos constitutivos de la costumbre civil no es necesario que reúnan otras características que las exigidas especialmente en cada caso por el legislador, en razón de la materia. Así, por ejemplo, los hechos que constituyen las reparaciones locativas deben

reunir las características que el artículo 1940, in genere, preceptúa. Además, por definición gramatical del concepto de costumbre, tales hechos deberán ser generales, uniformes y constantes. A ello se refiere el artículo 2.º al atribuir valor legal a la costumbre.

El Código de Comercio ha sido más explícito y ha señalado en su artículo 4.º los requisitos que deben reunir los hechos consuetudinarios para que pueda atribuirseles valor legal. Ellos deben ser: a) uniformes; b) públicos; c) generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad; y d) reiterados por un lapso que aprecia prudencialmente el Juez.

En realidad, son los mismos requisitos de uniformidad, generalidad y constancia, que aún la costumbre civil debe reunir, por concepto de ser costumbre, porque ella precisamente consiste en eso.

Pues bien, de lo dicho se desprende que la prueba de la costumbre se traduce en probar o demostrar que un hecho reúne los caracteres y el modo de ser necesario para tener valor legal obligatorio. Esta es la razón de que la costumbre sea una cuestión de hecho y no de derecho, porque las características de los hechos consuetudinarios no son ciertas ni se presumen conocidas, como la ley; al contrario, menester es probarlas.

Y siendo la prueba de la costumbre una cuestión de hecho, la errónea apreciación que de los hechos y sus características se haga por el juez no es susceptible de casación de fondo, por tratarse de cuestión privativa del conocimiento de los jueces del fondo. Así se ha resuelto (104).

Siendo la costumbre una norma legal, surge la cuestión de establecer si el juez puede, de oficio, y por el conocimiento cierto que personalmente tenga de los hechos que la constituyen, tener por acreditada o existente la norma consuetudinaria y fallar con su mérito.

La doctrina clásica romanista, que fué contraria a los derechos consuetudinarios, exige que éstos se aleguen y prueben, im-

(104) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 33, Sección 1.a, pág. 381.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

507

pidiendo al juez aplicar la norma de oficio, como en el caso de la aplicación legal.

Desde Puchta y Savigny, a principios del siglo XIX, cobra importancia la nueva doctrina de que los hechos constitutivos de la costumbre sólo deben probarse en cuanto no constan al juez.

En el Código de Procedimiento Civil Alemán se siguió este criterio; también en el Código Austriaco, y lo mismo en nuestro Código de Comercio(artículo 5.º).

Con razón, Lessona ha advertido tres defectos en este segundo sistema: a) la incontrovertibilidad de la costumbre; b) la inversión que habría del onus probandi, ya que se obligaría a la parte a probar la inexistencia del hecho consuetudinario justificado por el juez, equivocadamente según ella. Porque la prueba del uso o costumbre incumbe a quien lo invoca, ya que la alteración del régimen jurídico normal, que no es el consuetudinario; y c) aparte de que antes de acreditarse, la costumbre no tiene todavía valor de ley, sino que es simplemente un hecho invocado en juicio (105).

Nuestra legislación civil no permite probar la costumbre por la convicción personal del tribunal, y los hechos que la configurarían deberán ser alegados, controvertidos y probados por la parte que corresponda, como todo hecho del juicio. A la inversa de lo que preceptúa el Código de Comercio, en su artículo 5.º ya citado.

Tocante a los medios de prueba de que pueden valerse las partes, conducentes a este fin, todos ellos son admisibles, ya que la limitación general del artículo 1709 no afecta a los hechos jurídicos.

En cambio, nuestro Código de Comercio restringe notablemente la admisibilidad de las probanzas justificativas de la costumbre.

En realidad, el artículo 5.º del Código de Comercio excluye toda otra prueba que no sea el instrumento público; y todavía exige ciertos y determinados instrumentos públicos, esto es: a) dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, se funden en ella; o b) tres escrituras públicas otorgadas antes del acac-

(105) Lessona, Carlos; obra citada, N.º 163, página 267.

cimiento de los hechos que motivan el juicio en que la prueba se produce.

Es un caso excepcional, de tan limitada admisibilidad probatoria, que la ley rige inclusive el número de instrumentos públicos que, como mínimo, tendrá el valor probatorio y su contenido exacto.

La razón de ser de esta gran restricción en la admisibilidad probatoria, se ha encontrado en la circunstancia de que la costumbre mercantil opera no sólo "*secundum legem*", sino que también en el silencio de la ley, "*praeter legem*". De tal manera que los restantes medios probatorios quedan totalmente excluidos para demostrar la existencia de los hechos consuetudinarios, en los casos en que éstos son del ámbito mercantil.

Naturalmente que, establecida la existencia de los hechos consuetudinarios y derivada de allí la norma legal pertinente, la función interpretativa del Juez se desarrollará en conformidad a las reglas del Título Preliminar del Código Civil, en lo que le fueren aplicables, ya que no se trata de un derecho escrito.

39.—Prueba de la ley extranjera.—Cuando tratamos sobre la territorialidad en materia probatoria, vimos que en no pocos casos el Juez era llamado a aplicar en el juicio la ley "*locus*", esto es, la del lugar en que el hecho o el acto se había constituido o acaecido.

Y como quien está enjuiciando es el tribunal chileno, tal situación implica conocer y aplicar la ley extranjera.

Tal es el caso que sobreviene, por ejemplo, con los requisitos de forma (artículo 17) y de fondo de los contratos celebrados en el extranjero y que deben cumplirse en Chile (artículos 16, inciso 2.º del Código Civil y 15 de la Ley de Matrimonio Civil); con el régimen sucesorio de quien fallece en el extranjero (artículo 955); con las solemnidades del testamento escrito otorgado fuera de Chile (artículo 1027); y con el régimen matrimonial extranjero a que se sujetaron los cónyuges, si admite sociedad de bienes (artículo 135, inciso 2.º).

En todos ellos, el Juez debe juzgar aplicando la ley extranjera. El Código Civil así lo ordena.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

509

Pues bien, en tales eventos será menester demostrar la existencia de dicha legislación y sus preceptos.

Y aquí surge el mismo problema que nos proponíamos al tratar de la costumbre, es decir, ¿debe el juez aplicar de oficio la ley extranjera, tal como procede respecto a la nacional, sin necesidad de prueba, o será preciso que ella se alegue y pruebe como todo hecho del pleito?

Hay dos doctrinas, según se siga una de ambas soluciones posibles.

Quienes estiman que el Juez debe aplicar de oficio la ley extranjera, se basan en que se trata de una ley exactamente igual a la nacional y en que el derecho nacional no se halla sujeto a prueba. Es la tesis del Código de Bustamante, aprobado por Chile en cuanto no contradice la legislación nacional y cuyo artículo 408 expresa: "Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere".

En cambio, aquellos que sostienen que la ley extranjera es un simple hecho del pleito, sujeto a alegación y probanza, se basan en que sería imposible para el juez conocer todo el derecho extranjero. Es el sistema de Argentina (artículo 13 de su Código Civil), México, Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

La única disposición que entre nosotros dice atingencia con esto es el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, que preceptúa: "Podrá oírse también el informe de peritos: ... 1.º Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera".

Partiendo de aquí, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha estimado que la prueba de la ley extranjera es un "hecho de la causa" y, por lo tanto, sujeto a alegación y probanza como todo hecho del proceso. Se argumenta en favor de esta tesis que don José Bernardo Lira, redactor del Código de Procedimiento Civil, expresa en su "Prontuario de los Juicios" lo siguiente: "La ley extranjera no se encuentra en los códigos ni le consta al juez su verdad, siendo necesario probar que existe para que pueda aplicarse" (106).

(106) Lira, José Bernardo: "Prontuario de los Juicios", Tomo I, pág. 304.

Así, se ha fallado que "las cuestiones de derecho resueltas en conformidad con las leyes extranjeras que no estén incorporadas a la legislación nacional, no pueden ser revisadas por el recurso de casación, equiparándose así a simples puntos de hecho, en lo cual los jueces del fondo actúan con facultades privativas" (107).

En otra oportunidad se revolió que "es aceptable la cita de las leyes extranjeras en un fallo, sólo cuando se han invocado éstas en la defensa y se ha probado su existencia" (108).

No obstante lo anterior, algunos, como don Fernando Albónico Valenzuela, profesor de Derecho Internacional Privado, estiman que entre nosotros el juez debe de oficio aplicar la ley extranjera y su prueba también allegarla el juez de oficio, sin perjuicio de la que las partes produzcan.

Fundamenta su tesis en las siguientes razones: a) en que lo contrario es colocar a las partes en manifiesta denegación de justicia, en el caso de que ambas no puedan suministrar el texto de la ley extranjera; b) en que la expresión "podrá" utilizada en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, está demostrando que el empleo del medio probatorio es facultativo para el juzgador y que él puede darla por establecida de oficio o bien con prueba producida también de oficio (109).

Creemos que este criterio es aceptable en los casos en que la relación jurídica se refiera a la ley de uno de los Estados signatarios del Código de Bustamante, ya que no habiendo legislación nacional contraria a él y siendo el artículo 411 evidentemente facultativo para el juez, rige el artículo 408 del Código Internacional citado —ley de la República entre nosotros—, artículo que admite la aplicación de oficio de la ley extranjera, sin perjuicio de la prueba que produzcan voluntariamente las partes (artículo 409) o que también de oficio decrete el tribunal (artículo 410).

(107) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 33, Sección 1.a, pág. 451.

(108) Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 38, Sección 1.a, pág. 194; Tomo 39, Sección 1.a, pág. 389.

109) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 44, Sección Derecho, página 129.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

511

Pero en cuanto se trate de aplicar las leyes de Estados no signatarios del Código aludido, estimamos que nos hallamos ante un simple hecho de la causa, y que, de consiguiente, deberá ser alegado y probado por las partes, sin perjuicio de que el juez, como medida para mejor resolver, ordene recibir un dictamen pericial.

Lo anterior, porque el conocimiento personal del juez en orden a la ley extranjera puede ser equivocado y no milita en este caso la razón por la cual el juzgador aplica de oficio la ley nacional, sin recibir pruebas, cual es la presunción que fluye del artículo 8.º del Código Civil, sobre el conocimiento de la misma. Además, no siendo cierto el texto de la legislación extraña, puede éste quedar sujeto a controversias sobre su tenor, para lo cual la circunstancia de considerársele un hecho del proceso amplía la posibilidad de esclarecer el problema mediante la discusión de la prueba que se rinda.

Y serán suficientes y eficaces medios probatorios de la ley extranjera, la prueba pericial, esto es, informes en derecho de jurisconsultos doctos en tal legislación, o bien, copias auténticas y legalizadas de los textos de la ley extranjera —instrumentos públicos—. El Código de Bustamante dispone en su artículo 409: "La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada". Naturalmente, que este medio probatorio es aplicable entre nosotros sólo respecto a las Naciones signatarias de aquel cuerpo legal internacional.

Y se comprende que, por la naturaleza del hecho que motiva la prueba, no son admisibles como probanzas la testifical, la confesión o las presunciones.

Lo dicho, en orden a que la prueba de la ley extranjera se reputa un hecho de la causa o "cuestión de hecho", tiene otro alcance importante: infringida una ley extranjera no procede interponer recurso de casación de fondo, como ocurre si la infringida es la ley nacional (artículos 767, 785 y 807 del Código de Procedimiento Civil); esto, porque aunque algunos pretendan que el artículo 767 del cuerpo legal recién citado, al expresar "ley" no distingue entre la ley chilena y la extranjera sino que engloba

a ambas, y por infracción de una u otra es procedente el recurso de casación en el fondo, el hecho es que el concepto de "ley" se halla definido en el artículo 1.º y en términos tales que la declaración que ella importa debe hacerse en conformidad a la Constitución chilena, lo que no conviene a ninguna ley extranjera.

Por eso es que la infracción en la interpretación de la ley extranjera no es base de un recurso de casación en el fondo. Así se ha fallado (110).

Sólo se acepta en estos casos tal recurso, si en los fallos "se da por infringida alguna ley patria, en cuya virtud deba aplicarse la ley extranjera".

Supongamos que el Juez resolviera sobre los requisitos de validez de un contrato celebrado en el extranjero y destinado a cumplirse en Chile, aplicando la ley chilena y no la extranjera; infringiría el artículo 16, inciso 2.º, y daría base a un recurso de casación en el fondo; pero la infringida en este caso sería la ley chilena (artículo 16, inciso 2.º del Código Civil) y no la ley extranjera.

40.—Prueba de las cuestiones de hecho.— El objeto de la prueba debe ser idóneo, esto es, reunir las condiciones necesarias para que ella resulte útil, de manera que conduzca a demostrar la verdad o inexactitud de una alegación cualquiera.

Y el hecho que debe probarse será idóneo y su prueba útil, si reúne las siguientes características: controvertido, posible, pertinente y substancial o concluyente.

El artículo 318 del Código de Procedimiento Civil ordena al juez recibir la causa a prueba, dictando un auto de prueba, si él estima que hay "hechos" pertinentes y substanciales controvertidos. De tal modo que si no lo estimare así, o si las partes, renuncian al período probatorio, debe citarse para oír sentencia definitiva una vez evacuada la dúplica por el demandado (artículo 313 del Código de Procedimiento Civil).

(110) Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 20, Sección 1.a, pág. 398; Tomo 24, Sección 1.a, pág. 289; Tomo 33, Sección 1.a, pág. 449.

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

513

Pero, nótese que la circunstancia de no dictarse auto de prueba o de no haber término probatorio, no significa que en el pleito se carezca de prueba producida, ya que ésta podrá consistir en la instrumental, confesional, pericial o inspección del juez, rendidas con anterioridad; ni excluye tal hecho la prueba de presunciones que el juez induzca al sentenciar. En verdad, sólo queda excluida la prueba testifical.

a) **El hecho debe ser controvertido.**—Esto quiere decir que no se halle probado. Lessona dice: "No está controvertido lo que ya está probado, bien mediante la confesión de la parte, bien por otro medio probatorio" (111).

Pero como la valoración probatoria se hace en la sentencia, resulta que el único caso en que puede estar perfectamente en claro que un hecho "no es controvertido" y, consiguientemente, no es objeto idóneo de la prueba, es aquel en que la parte acepta llanamente los hechos personales suyos tal como los expone el contendor, y si derivan en su contra efectos jurídicos, pues en tal evento hay confesión sobre hecho suyo (artículo 1713) y el hecho confesado ha de tenerse por incontrovertido, desde que el artículo 402 inciso 1.º del Código de Procedimiento Civil hace inadmisibles en esta situación toda otra prueba en contrario.

Nos parece que en los demás casos, salvedad hecha de las presunciones de derecho, según lo diremos más adelante, siempre los hechos son o "pueden ser" controvertidos (artículo 318 del Código de Procedimiento Civil), tanto porque nada autoriza para decir que no puedan serlo con base a las alegaciones formuladas, como porque no bastaría la simple aceptación de una parte a lo alegado por la contraria, ya que con eso no se releva del onus probandi al contendor, y dado que la finalidad de la prueba es producir la certeza en el juez y no en la contra-parte. Lo mismo ocurrirá si el proceso se sigue en rebeldía de una de las partes; habrá o podrá haber hechos controvertidos.

De lo dicho se desprende que el alcance del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil es exclusivamente procesal, es decir, que según la apreciación que hace el juez, de ser o no contro-

(111). Lessona, Carlos; obra citada, N.º 168, página 273.

vertidos los hechos alegados, dicta o no el respectivo auto de prueba; pero esta resolución no tiene la virtud de alterar el onus probandi, relevando del peso de la prueba a quien corresponde o eximiendo de él, ni da por establecido que determinados hechos se hallan o no probados, por la sola circunstancia de que una de las partes los haya aceptado como los propuso la otra.

En último término, esto se traduce en eliminar el período probatorio relativo a la producción de la testifical, para dictar fallo con la prueba hasta entonces producida en el juicio.

De aquí que no aceptemos que el hecho sea controvertido solamente cuando lo niega o lo desconoce la parte contraria o cuando ésta se halla rebelde, sino que concluyamos que es tal el hecho no probado todavía en el pleito.

Tampoco la circunstancia de que las partes pidan que se falle la causa sin más trámite puede tener ninguna influencia probatoria (artículo 313, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil), sino que exclusivamente procesal, cual es la de prescindir del probatorio y de la testifical, porque, repetimos, no se ha alterado así el onus probandi, ni los hechos pueden tenerse por acreditados con la sola aceptación recíproca de los litigantes.

Tal aceptación recíproca de los hechos podrá constituir confesión judicial y su valor probatorio será el que corresponda a la categoría de ésta, pero es requisito esencial que el tribunal ponde-re la probanza, considerada como tal, sin que por la sola aquies-cencia pueda estimarse que los hechos ya no están controvertidos. Una solución contraria conduciría directamente a acoger la co-lusión en no pocos juicios, como los de nulidad de matrimonio, por ejemplo.

Resumiendo, tenemos que el concepto de "hecho controver-tido", dentro del ámbito procesal, queda entregado a la aprecia-ción del tribunal, y ha de entenderse por tal, el hecho negado o discutido, o susceptible de negarse o discutirse; su alcance es uno solo: el juez dicta o no el auto de prueba, dando lugar a que corra el término probatorio, en el juicio ordinario. El artículo 318, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil, dándole pauta al juez, dispone que su carácter de "controvertidos" debe encon-trarse en los escritos de las partes anteriores al auto de prueba.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

315

En cambio, el concepto de "hecho controvertido", dentro del ámbito de la teoría de la prueba y para los efectos probatorios, es el de "hecho no probado", de tal manera que la consecuencia que se sigue si el hecho "no está controvertido" sino que "probado", es la de hacerse inadmisibles toda prueba contraria a su respecto. Entre nosotros, es éste el caso del hecho demostrado por confesión sobre hecho personal, que, según el artículo 402 del Código de Procedimiento Civil, no admite prueba contraria.

En los demás casos deberá estimarse que el hecho es siempre controvertido y, por lo tanto, objeto idóneo de prueba útil.

No obstante lo dicho, hay otras dos situaciones en que el hecho puede estimarse "no controvertido". Ellas son: la de los hechos notorios y la de los establecidos mediante una presunción de derecho.

Son "hechos notorios", aquellos que por sí solos se manifiestan como evidentes y ciertos. Tal ocurre, por ejemplo, con los fenómenos de la naturaleza perceptibles para todos: día y noche; o con las verdades axiomáticas, como ser, la distancia más corta entre dos puntos es la recta, etc.

Se comprende que tales hechos no son susceptibles de prueba, ni son controvertidos. Y la razón está en que su acaecimiento verdadero consta al tribunal en grado de absoluta certeza.

Es requisito del hecho notorio, su "publicidad", esto es, que sea notorio y evidente para todos y de la misma manera, de modo que no admita controversia. De ahí que se diga que debe ser público y notorio.

Nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere a tales hechos en el artículo 89, facultando al juez en tal caso para resolver el incidente sin necesidad de recibirlo a prueba.

En el juicio, el juez estimará estos hechos como "no controvertidos".

Se comprende que establecer la notoriedad es cuestión de hecho, pero es claro que si llegara a invertirse el onus probandi por razón de una notoriedad inexistente, se infringiría una ley reguladora de la prueba.

Son también hechos no controvertidos, aquellos que da por establecidos la ley mediante una presunción de derecho.

En efecto, pueden discutirse los hechos en que la presunción se apoya (el artículo 47, inciso final, dice: "...supuestos los antecedentes o circunstancias"), de modo que controvertidos tales antecedentes de hecho y no probados, la presunción no puede operar y aquí se admite prueba contraria.

Pero una vez probados los antecedentes de hecho controvertidos, que son el supuesto de la presunción de derecho, ese "hecho presunto" y que se presume "de derecho" no es controvertido sino que probado, porque el artículo 47 en sus incisos 3.º y 4.º rechaza la prueba contraria. Es un caso semejante al de la confesión sobre hecho personal, plena prueba, que transforma al hecho confesado en hecho probado.

Así, por ejemplo, es controvertido el hecho de que haya existido o no error de derecho; pero estableciéndose que lo hubo, no es controvertible el de que la persona equivocada se halle de buena o de mala fe, porque esta última se presume de derecho. La mala fe pasa a ser hecho probado (artículo 707).

b) El hecho debe ser posible.—Esto quiere decir, que dadas las características del hecho pueda haber medio probatorio apto para demostrarlo. Por ejemplo, un hecho acaecido hace doscientos años no puede demostrarse mediante testigos presenciales, pero no obstante es un hecho posible.

No es lo mismo que el hecho sea imposible, a que la prueba lo sea, pues lo que hace imposible al hecho son sus características intrínsecas y no la dificultad probatoria. Así, es un hecho imposible el de que dos más dos sean cinco.

Ni cabe confundir tampoco la posibilidad con la verosimilitud. Un hecho puede ser posible, mas en ciertos casos aparecer inverosímil (no verdadero); la verosimilitud del hecho se determina en la valoración probatoria, en cambio, la imposibilidad del mismo es intrínseca y objetiva, haciendo que el tribunal pueda de plano rechazar la prueba ofrecida.

c) El hecho debe ser pertinente.—Es decir, debe relacionarse en forma más o menos directa con la acción o excepción alegada, sirviéndole de fundamento o supuesto.

Así, tenemos que en los juicios posesorios es impertinente la prueba del dominio (artículo 923, inciso 1.º), y sólo lo es si consta

NOCIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA

517

en títulos —instrumentos— cuya existencia pueda probarse sumariamente (mismo artículo, inciso 2.º).

d) El hecho debe ser substancial o concluyente.—Es substancial o concluyente el hecho que conduce a resolución, respecto de la alegación que lo contiene.

De aquí que no sería substancial ni concluyente, si en un juicio reivindicatorio, en que se controvierte el dominio de un predio, tendiera a demostrarse el dominio de ciertos bienes muebles en él existentes, en prueba del dominio de la finca. Tal hecho no es concluyente, ni substancial, porque su establecimiento no conduce a la resolución de la acción reivindicatoria que versa sobre el predio. Tampoco sería pertinente.

Planiol y Ripert enseñan que las características del hecho, para que pueda considerársele substancial, son dos: a) debe ser preciso; y b) debe implicar lógicamente la existencia del hecho cuya prueba es necesaria para vencer en el pleito (112).

También el magistrado, al recibir a prueba la causa, señala los hechos substanciales o concluyentes (artículo 318 del Código de Procedimiento Civil), pero si en realidad la prueba ha versado sobre hechos no substanciales ni concluyentes, el juez la declarará inútil o ineficaz al hacer la valoración final en el fallo, con lo que la acción o excepción quedará improbadada.

No obstante, también las partes pueden formular el incidente sobre improcedencia de la prueba, basado en ser el hecho no substancial, y lo mismo ocurriría si fuera impertinente, y el artículo 319, al darles derecho a pedir la reposición del auto de prueba, les abre la puerta para velar porque los hechos fijados como controvertidos sean en realidad pertinentes y substanciales o concluyentes.

Este mismo derecho para las partes fluye del artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, cuya exigencia de la notificación previa de todo decreto que ordena una diligencia probatoria, propende a resguardar precisamente esta situación; y fluye, además, de los artículos 795, N.os 4.º y 5.º y 800, N.os 3.º y 7.º

(112) Planiol, Marcel y Ripert, Georges; obra citada, Tomo 7, N.º 1415, página 757.

del mismo cuerpo de leyes, que preceptúan que es trámite esencial en el juicio la citación de la parte contraria en toda diligencia de prueba.

Siendo estas normas ordenatoria litis, su infracción motiva un recurso de casación en la forma, apoyado en la causal pertinente.

En suma, siempre las partes pueden proponer incidentes sobre improcedencia de la prueba, si con ella pretendiera demostrarse un hecho no controvertido, imposible, impertinente o no substancial.

El Juez, de oficio, puede desechar la prueba que se rinda sobre un hecho no controvertido —probado— o imposible, sin perjuicio de que esté facultado para no recibir prueba sobre ellos y teniendo esta misma facultad respecto a los impertinentes y no substanciales.

Si las partes no formulan incidente sobre la improcedencia de la prueba, el juez en la sentencia definitiva, haciendo la valoración probatoria, declarará tal improcedencia (Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha 30 de Septiembre de 1920, sobre forma de redacción de las sentencias; N.os 6.º y 7.º), en razón de lo cual resolverá que la prueba rendida es inútil por no ser idóneo su objeto.

Pero, a la inversa, reunidas estas cuatro características que hemos señalado en el objeto de la prueba, éste será idóneo y ella resultará útil para demostrar la verdad o inexactitud de las alegaciones formuladas por las partes.

41.—Hechos positivos y negativos; su prueba.—Tanto en la acción como en la excepción, las partes pueden fundar sus pretensiones en hechos negativos.

Es hecho negativo aquel que consiste en la inexistencia de algo; es hecho positivo, el que consiste en que algo existe o existió.

Del hecho positivo y de sus características nos preocupamos en el párrafo anterior; trataremos ahora de los hechos negativos.

Es un caso de acción fundada en hecho negativo, por ejemplo, la demanda que se basa en la incapacidad de un menor o aquella en que se pide la nulidad de un testamento por omisión de formalidades legales. Inexistencia de la capacidad y de las solemnidades: hechos negativos.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

519

Es caso de excepción, fundada en hecho negativo, por ejemplo, la que opone un deudor de gozar de beneficio de competencia acreditando que no tiene bienes sino en cantidad mínima: la carencia de bienes, en este caso, es un hecho negativo.

Del mismo modo, para que procedan ciertas medidas precautorias, es menester acreditar que el demandado carece de bienes o que los que tiene no dan suficiente garantía, según sus facultades; hechos negativos cuya prueba incumbe al solicitante de la medida. Lo mismo en materia de tercería de pago (artículo 527 del Código de Procedimiento Civil).

En lo antiguo se estimó que quien alegaba hechos negativos estaba relevado de su prueba; se consideraba éste un caso de relevación del onus probandi, junto con las presunciones. Se argumentaba que incumbe la prueba "qui dicit", al que alega, pero no "qui negat", al que niega.

No obstante, a través de la influencia del Derecho Canónico principalmente, se limitó el alcance de este principio y se dijo: "Negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio", lo que equivale a decir que por la naturaleza de las cosas los hechos negativos no son susceptibles de prueba directa, pero nada impide su prueba indirecta.

¿Y cuál es esa prueba indirecta?

Todo hecho negativo lleva implícito el hecho afirmativo contrario; es así como acreditar tal hecho afirmativo no crea dificultad alguna, por lo cual demostrado éste queda indirectamente probado el respectivo hecho negativo.

Los clásicos distinguieron al efecto tres categorías de negativas: de derecho —si se desconoce la concurrencia de un requisito legal—; de calidad —si se niega la característica propia de una persona o cosa—; y de hecho —si se niega la existencia o modalidad de un hecho material— (113).

Las negativas de derecho y de calidad se prueban por el hecho positivo contrario. Así, la falta de solemnidades en un testamento se demuestra acreditando las concurrentes, de lo que se si-

(113) Claro Solar, Luis; obra citada, Tomo 12, N.º 1993, página 663.

que la carencia de las que se alegan. A su turno, la negativa de calidad se justifica probando la calidad objetada.

También la negativa de hecho puede probarse por la demostración del hecho positivo contrario. Pruebo de que no está muerta determinada persona, acreditando su existencia; o que no tiene cierta nacionalidad, justificando a qué Estado o Nación en realidad pertenece. No obstante, esto sólo puede ocurrir siendo la negativa de hecho "definida", es decir, determinada por circunstancias de tiempo, lugar y características que la especifiquen, porque si ellas faltan, o sea, si la negativa es indefinida, como ser, nunca recibí dinero o lo he recibido toda mi vida, no cabe ni es posible su prueba, no por ser negativa, sino por ser indefinida, aunque involucre o contenga uno o más hechos positivos.

En resumen, quien alega un hecho negativo debe probarlo mediante el hecho positivo contrario que involucra la alegación, si es definida, porque el que niega, alega o afirma ese hecho positivo implícito.

Finalmente, como dicen Planiol y Ripert (114), "es evidente que el juez no puede exigir, cuando se trate de un hecho negativo, una prueba tan rigurosa como cuando versa sobre un hecho positivo", precisamente a causa de la dificultad de la prueba negativa.

A igual conclusión arriban Baudry-Lacantinerie y Barde.

En nuestro Código Civil son casos de supuestos de hecho que importan alegar negativas de diversas clases, entre otros, los contenidos en los artículos 80, 206 inciso 3.º, 180 inciso 2.º, 885 N.º 5.º, 2295, 2298, 1013, 1654, 1664 y 1688.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha aceptado, uniformemente, que todo hecho negativo se pruebe por el positivo contrario que lleva implícito. Se ha fallado que "siendo el fundamento legal de toda tercería de pago la falta de otros bienes a más de los embargados, pesa sobre el tercerista la necesidad de acreditar dicha circunstancia, del propio modo que debe acreditar que es dueño de esos bienes en la tercería de dominio y su derecho de preferencia en la de prelación".

(114) Planiol y Ripert; obra citada, Tomo 7, N.º 1419, página 761.

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

521

"No obsta a esta conclusión la circunstancia de tener que probarse de este modo un hecho negativo, dado que, en primer término, ello sólo implicaría una mayor dificultad para producir la prueba y ya que, establecida claramente en la ley esa necesidad, no sería dable hacerla pesar sobre el demandado, ni tomarla en consideración para otros fines que para usar de menor rigor en la apreciación de los hechos de los cuales esa prueba pudiera resultar".

"Además, no sería éste el único caso en que la ley exige esa prueba de hechos negativos, pues esa exigencia se encuentra establecida en muchas de sus disposiciones, aunque los hechos de su referencia no sean siempre de naturaleza tal que pudieran ser acreditados por la justificación de hechos positivos contrarios".

"Podrían citarse como ejemplos los casos a que se refieren los artículos 81 N.º 1.º, 183, 1947 inciso 4.º, 1474, 1479, 2295, etc. del Código Civil" (115).

Lo mismo resolvió la Corte Suprema en otra oportunidad (116).

Puede verse fallos en idéntico sentido, en tres sentencias posteriores (117).

42.—Hechos ilícitos; su prueba.—Un hecho es ilícito si es contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.

Ninguna limitación existe, en general y en principio, respecto a la prueba de los hechos ilícitos, y como de ellos pudieran derivarse consecuencias jurídicas sancionadoras, es menester en muchos casos acreditar su concurrencia y sus características propias, mediante la respectiva prueba.

Nuestra ley civil restringe en ciertos casos la admisibilidad de las probanzas, por razones de moralidad pública o con el fin de evitar colusiones, y en tales casos se trata precisamente de hacer inadmisibile, por excepción, la prueba de un hecho inmoral.

(115) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 25, Sección 2.a, pág. 73.

(116) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 22, Sección 1.a, pág. 174.

(117) Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 26, Sección 1.a, pág. 630; Tomo 41, Sección 2.a, pág. 55; Tomo 45, Sección 1.a pág. 415.

De esto podemos deducir que si la restricción de admisibilidad opera sólo en casos particulares, en general, ella es amplia e ilimitada para la prueba de los hechos ilícitos.

Así, por vía de ejemplo, podemos señalar los casos siguientes: sólo el marido puede alegar y probar, mientras viva, la ilegitimidad del hijo concebido en el matrimonio (artículo 182); en el juicio sobre ilegitimidad del hijo no se admite la testifical de la madre que declare haberlo concebido en adulterio (artículo 188, inciso final); no pueden probarse los hechos constitutivos de la acción alimentaria, en los casos del artículo 280, contra la madre ilegítima que es mujer casada (artículo 288).

(Continuará)
