

ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA

Y

LOS MEDIOS DE PRUEBA

Tomás Jiménez Barahona
Magdalena Pineda Tabach
Francisco Salmona Maureira

Marzo de 2004

ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA

CAPÍTULO I: Concepto de prueba y diversas acepciones.

I.- GENERALIDADES.

El objeto del proceso es lograr la convicción del tribunal acerca de lo que es justo para el caso concreto, a fin de que esta convicción se plasme en el acto final llamado sentencia. La convicción que debe adquirir el tribunal, debe recaer sobre cuales son los hechos verdaderos, y en que términos éstos acaecieron, todo lo cual se logra a través de la prueba.

Toda pretensión se integra por elementos de hecho y de derecho. El derecho, por regla general, no es objeto de prueba, por lo que la actividad probatoria en el proceso, se centra en acreditar los hechos. La forma en que éstos se acreditarán, dependerá del principio formativo que inspira al procedimiento. Si en el procedimiento prima el principio inquisitivo, la determinación de los hechos se realiza a través de una actividad de investigación; probar es investigar (Ej: sumario criminal).

Si en el procedimiento prima el principio dispositivo, la prueba es una demostración; la actividad probatoria se centra en las partes, las cuales deben ofrecer y rendir la prueba para acreditar los hechos.

Respecto de la Teoría General de la Prueba, existen básicamente cuatro problemas a resolver:

- Qué es la prueba (concepto)
- Qué se prueba (objeto)
- Quién prueba (carga)
- Cómo se prueba y qué valor tiene la prueba producida (valoración)

II.- DEFINICIONES.

Existen diversas definiciones. Para Couture es *un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio*. La Corte Suprema ha dicho que es *el establecimiento de un hecho del cual depende la pretensión o contra-pretensión hecha valer por los medios y en la forma establecida en la ley*.

III.- ACEPCIONES.

Nuestra ley utiliza la palabra "prueba" con cuatro acepciones:

- a) **Como sinónimo de medio de prueba** (Ej: prueba testimonial, prueba documental, etc.);
- b) **Como sinónimo de período u oportunidad** para rendir la prueba (Ej: el término de prueba);
- c) **En el sentido de la acción o acto mismo de acreditar** un hecho; y,
- d) **Para referirse al resultado obtenido**, la convicción del tribunal.

CAPÍTULO II: Evolución histórica del concepto de la prueba.

- a) Etapa Etnica o Primitiva:** No existía regulación alguna, y la apreciación de la prueba era totalmente discrecional y personal. La prueba fundamental era lo que hoy sería el delito flagrante.
- b) Etapa Religiosa o Mística:** Se confunde con el proceso germano. Se establecen como medios de prueba las ordalías o juicios de Dios. La resolución del conflicto se entrega a la Divinidad, la cual manifestaba su parecer en favor de quién soportaba la ordalía establecida para un determinado caso.
- c) Etapa Legal o Tasada:** Deriva del proceso canónico. Se estableció como una forma de resguardar mejor a las personas, limitando el poder y su abuso por sus detentadores. Se establecen los medios de prueba formales y su valor probatorio. Los jueces deben resolver los conflictos sometándose estrictamente a las leyes probatorias, siendo errónea la resolución que así no lo hiciere.
- d) Etapa Sentimental:** De la rigidez de la prueba legal, en el cual el legislador establece todos los medios de prueba y su valor probatorio, se pasa a un sistema de apreciación judicial libre, que pone el acento en la íntima convicción del juez. En esta etapa surge la institución de los jurados iletrados, los que se incorporan fundamentalmente al proceso penal, y en los cuales aprecian la prueba conforme a su libre convicción. También se identifican con esta etapa, otros conceptos como la sana crítica.
- e) Etapa Científica:** Está establecida fundamentalmente en el proceso penal. Lo que se pretende es que el juez no sólo aprecie la prueba, sino que en torno a ella se realice una labor pericial. Para determinar un hecho, el juez no investiga, sino que se usa una labor científica de carácter experimental, recurriendo a métodos científicos. No obstante, los avances científicos jamás reemplazarán a la labor humana, toda vez que siempre será el tribunal el que decida (los métodos científicos sólo colaboran).

CAPÍTULO III: Los Grados de Conocimiento y La Prueba.

- 1. Grados de Evolución Mental del Juez en Relación con los Hechos:** Para llegar a dar por probado un hecho, el juez pasa por diversos estados de conocimiento respecto de ellos.
 - a) Ignorancia:** Desconoce absolutamente los hechos que se le ponen en conocimiento.
 - b) Duda:** Concurren factores encaminados a demostrar que el hecho existe y otros encaminados a demostrar que no existe. Si los afirmativos son más que los negativos, se dirá que la ocurrencia del hecho es *posible*. Si los negativos son más que los afirmativos se dirá que es *improbable*.
 - c) Probabilidad de la Certeza:** Es un período intermedio y consiste en el análisis mental para determinar en qué circunstancia posee mayoría de aspectos positivos que negativos.
 - d) Certeza:** El sujeto mentalmente llega a un estado psicológico en el cual no duda de que su representación del hecho comprende exactamente a la forma como sucedió. A esta certeza se puede llegar por dos vías:
 - i. Puramente Intelectual: Por la vía de la intuición o del razonamiento se llega a la certeza.
 - ii. Física o sensitiva. A la cual se llega principalmente por obra de los sentidos externos.Ninguna de las 2 es químicamente pura, ambos se deben mezclar para llegar al último estado de la convicción.
 - e) Convicción:** Cuando se han efectuado una serie de razonamientos que permiten demostrar que el hecho sí existió. Este razonamiento se debe vaciar al resto de la sociedad en la fundamentación del fallo, para lograr la socialización de la sentencia.

2. Concepto de "verdad": Todo tribunal busca la verdad. Pero en ello se pueden cometer errores. Cabe preguntarse cuál es la verdad que se pretende alcanzar. Hay que distinguir:

- a) **Verdad Real:** Cuando el tribunal no se encuentra enmarcado por normas rígidas que le pongan trabas o limitaciones para apreciar libremente los hechos. Cuando puede utilizar todos los medios de prueba estimados convenientes, dándoles el valor probatorio que él desea.
- b) **Verdad Formal:** Cuando el tribunal se encuentra dentro de un sistema en que el legislador en forma preestablecida determina cuales son los medios de prueba, la oportunidad para hacerlos valer, el procedimiento para rendir la prueba y el valor de los diferentes medios de prueba. Esto no significa que esta verdad no coincida con la real.

Se ha dicho que la verdad es una sola y no admite clasificaciones. Para Carnelutti *"la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad: la verdad es una sola"*. La verdad es; en cambio, la certeza se tiene. No es posible tener la verdad porque es inaccesible. Hablar de verdad real y formal importa una concepción ilusoria. En consecuencia, lo que se buscará no es la verdad real o verdad formal, sino que la certeza histórico - judicial o certeza histórico - legal.

Así, la prueba no tiene por objeto llevar a la verdad, sino que llevar a que el juez adquiriera una situación de carácter subjetiva que es la certeza. La clasificación de la certeza, obedece a la forma en que ésta es adquirida por el juez, en cuanto a quien es quien determina cuales son los medios de prueba y su valor probatorio:

- a) **Certeza Histórico - Judicial:** El único constructor del camino para llegar a la certeza es el juez (libre convicción o sana crítica).
- b) **Certeza Histórico - Legal:** Es el legislador el que le establece los medios de prueba y su valor probatorio, a través de las denominadas leyes reguladoras de la prueba. En Chile predomina ésta.

CAPÍTULO IV: Medios establecidos para el control de la convicción.

La convicción adquirida no puede ser arbitraria, sino que debe ser legitimada, lo cual se logra mediante la fundamentación que el juez debe incluir en su fallo. La sentencia que crea una norma jurídica particular, tiene que ser fundada, redactada de tal forma que toda persona pueda llegar al convencimiento de la legitimidad del fallo. Esta convicción se controla a través de dos medios:

a) Control que se refiere a la Motivación de la Sentencia:

- i. Artículo 170 CPC
- ii. Artículo 500 CPP
- iii. Auto Acordado sobre forma de las sentencias

b) Control por la Vía de los Recursos:

- i. **Apelación:** Conocimiento de todos los asuntos de hecho y de derecho.
- ii. **Casación en la Forma:** cuando se infringe el art. 170 CPC. Respecto de la forma de la fundamentación, ataca la falta de considerandos, pero no el error en ellos.
- iii. **Casación en el Fondo:** La causal es infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Ataca la parte resolutive, además de la considerativa de derecho. Por regla general, no permite atacar los errores de convicción de los hechos, no permite modificar los

hechos, por tanto no es un medio de impugnación de la convicción del tribunal respecto de los hechos. Sin embargo, hay un caso de infracción de ley que permite modificar los hechos, que es por infracción a las leyes reguladoras de la prueba, específicamente cuando se ha resuelto un asunto considerando una prueba no admitida por la ley, u otorgándole a la prueba rendida un valor distinto a aquel establecido por el legislador (jurisprudencia).

iv. Revisión: Procede en contra de la sentencia definitiva o interlocutoria firme o ejecutoriada, en los casos en que el tribunal formó la convicción a través de los medios fraudulentos contemplados por el legislador. Es una acción de nulidad que tiene por objeto invalidar una resolución judicial cuando ella se ha dictado basado en medios fraudulentos o en contra de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Es una acción de nulidad de derecho estricto, solo procede en virtud de las causales establecidas por el legislador (art. 810 N°s 1, 2 y 3 CPC y art. 657 CPP).

v. Queja: Hoy es un recurso extraordinario, por cuanto procede solo respecto de sentencias definitivas o interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, cuando no procede ningún recurso ordinario o extraordinario. Se aplica prácticamente en casos de laboratorio, lo que demuestra un control excepcionalísimo.

La Función de la prueba. A este respecto se han formulado 3 teorías:

- 1) La prueba tiene por objeto establecer en el proceso la verdad respecto de la forma como acaecieron los hechos en el proceso. No es aceptable por cuanto es posible acreditar hechos no verdaderos.
- 2) La prueba tiene por finalidad obtener la formación del convencimiento o la certeza subjetiva del juez acerca de los hechos del proceso.
- 3) La prueba tiene como fin la fijación de los hechos en el proceso.

CAPÍTULO V: Los principios formativos del procedimiento y la prueba

1. Generalidades. Existen diversos sistemas procesales: Latino, de Common Law, Soviético y Oriental. Cada uno contempla distintos principios formativos del procedimiento. Se entiende por tales las diferentes orientaciones que sigue cada nación para construir su sistema procesal.

2. Enumeración.

- 1) Dispositivo-Inquisitivo
- 2) Unilateralidad y bilateralidad de la audiencia
- 3) Orden consecutivo legal, discrecional y convencional.
- 4) Preclusión
- 5) Publicidad-secreto.
- 6) Oralidad-Escrituración-Protocolización
- 7) Mediación-Inmediación
- 8) Probidad
- 9) Protección
- 10) Economía Procesal
- 11) Adquisición Procesal
- 12) Prueba Legal, Racional y Sana Crítica

3. Unilateralidad y bilateralidad de la audiencia.

3.1. El **principio de la bilateralidad de la audiencia**, implica que en todo procedimiento, las partes tienen el derecho de saber que existe un procedimiento en su contra y la posibilidad de ser oídos en él. Constituye la manifestación del *“nadie puede ser condenado sin haber sido oído.”* Se encuentra consagrado a nivel constitucional en el artículo 19 N° 3 de nuestra carta fundamental.

Aplicaciones del Principio de Bilateralidad en nuestros procedimientos:

- a) La demanda debe ser comunicada al demandado, de la forma y con las exigencias que establece la ley, bajo sanción de nulidad.
- b) Existencia de un plazo para que el demandado pueda comparecer y defenderse.
- c) Toda prueba debe ser comunicada al adversario, quien podrá participar en su producción y/o impugnarla (arts. 346, 388, 369, 417 y 403 CPC)
- d) Igualdad de posibilidades entre las partes para presentar, exposiciones, alegaciones, recursos, etc.

3.2. El **principio de la unilateralidad de la audiencia**, es aquel que prima en los procedimientos en que se priva a una o ambas partes de la posibilidad de ejercer sus derechos o facultades. Es predominante en la etapa de sumario del procedimiento penal antiguo por crimen o simple delito de acción pública, y tiene además algunas manifestaciones en los procedimientos civiles.

Aplicaciones del Principio de Unilateralidad de la Audiencia en nuestros Procedimientos:

Las Providencias cautelares pueden ser decretadas sin comunicación previa a la parte contra la cual se dictan (arts. 298 y 302 CPC)

4. Principios Inquisitivo y dispositivo. El elemento que los caracteriza, es la fuente del impulso procesal, primando uno u otro según si este se encuentra radicado en las partes o el tribunal.

4.1. El **Principio Dispositivo**, se caracteriza porque la intervención del Juez en el proceso, su iniciación y tramitación, se encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes.

4.2. El **Principio Inquisitivo** es aquel en que el Juez debe iniciar de oficio el procedimiento y luego realizar en este todas las gestiones y actuaciones tendientes a determinar los hechos sometidos a su decisión, teniendo a las partes como entes coadyuvantes, negando a estas la libre disponibilidad de sus derechos y acciones.

Aplicaciones de estos Principios en nuestros Procedimientos Civiles:

Existe un claro predominio del principio dispositivo, en cuanto las partes tienen a su cargo la iniciación del procedimiento, la delimitación del conflicto, su adelanto y la aportación de las pruebas. Sin embargo, existen algunas manifestaciones del principio inquisitivo:

- a) Incompetencia Absoluta, implicancias, nulidad absoluta y otras declaraciones que el tribunal puede hacer de oficio.
- b) Casación de oficio (art. 785)
- c) Citación a las partes a oír sentencia (art. 432)
- d) Rechazar la demanda por defectos de forma (art. 256 CPC)
- e) Generación de algunos medios de prueba (arts. 406 y 412 CPC)
- f) Medidas para mejor resolver (art. 159 CPC)

Aplicaciones de estos Principios en nuestros Procedimientos Penales:

1) Sistema antiguo (CPP): Es preciso distinguir entre la fase de sumario y la de plenario, toda vez que son radicalmente opuestas. Durante el **sumario** existe un claro predominio del principio

inquisitivo, en cuanto el juez puede iniciar el procedimiento, investigar los hechos y practicar todas las diligencias que estime pertinentes.

2) Sistema Nuevo (NCCP): Prima el sistema dispositivo en el inicio del procedimiento (art. 172 NPCC).

5. Principios del orden consecutivo legal, discrecional y convencional.

El elemento central que caracteriza a estos principios, es quién determina o establece la secuencia o cadena de actos que se desenvuelven progresivamente a través de las distintas fases del procedimiento.

5.1. **Orden Consecutivo Legal.** Es la ley la que se encarga de establecer la secuencia de fases o actos.

5.2. **Orden Consecutivo Discrecional.** La ley no reglamenta la secuencia de fases o actos, sino que la entrega al criterio del juez.

5.3. **Orden Consecutivo Convencional.** Las partes determinan el desarrollo de las distintas fases procesales.

Aplicación de estos Principios en nuestros Procedimientos:

En el **procedimiento civil** existe una clara preeminencia del orden consecutivo legal, teniendo su principal manifestación en el establecimiento de plazos fatales y en la producción de la prueba. Esto se reitera en la etapa del **plenario** criminal.

En los **procedimientos penales**, anteriores a la reforma y, específicamente, en la etapa de **sumario**, es el Juez quien determina el ordenamiento del proceso, de acuerdo a los resultados que pueda arrojar la investigación, primando el principio del orden consecutivo discrecional.

Respecto del **orden consecutivo discrecional**, lo cierto es que la única manifestación concreta es el caso de los **árbitros arbitradores o mixtos**.

6. Principio de la Preclusión. Consiste en la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal, por la verificación de determinadas circunstancias. Se encuentra íntimamente ligado al principio del orden consecutivo legal. Se puede manifestar de cuatro formas distintas:

a) **Fatalidad:** La preclusión opera por no haberse ejercido la facultad dentro del plazo establecido para ello. Si el plazo no es fatal, sólo operará la preclusión cuando se acuse la rebeldía.

b) **Eventualidad:** La facultad precluye por no haberse respetado en su ejercicio el orden establecido en la ley para hacerla valer.

c) **Incompatibilidad:** El derecho precluye por haber realizado previamente un acto incompatible.

d) **Consumación Procesal:** La facultad precluye por haberse ejercido válidamente y en la oportunidad respectiva.

7. Principios de la publicidad y el secreto. Podremos distinguir la presencia de uno u otro principio, según el mayor o menor grado de conocimiento del expediente por parte de las partes, sus abogados, los terceros y la comunidad en general. El **Principio del Secreto**, consiste en la tramitación reservada del expediente.

Según el mayor o menor grado de confidencialidad, podemos distinguir dos clases de secreto:

a) Secreto absoluto: El contenido del expediente es reservado incluso respecto de las partes que participan en dicho procedimiento. Ejemplos: 1.- Acuerdos de los Tribunales Superiores de Justicia. 2.- Sumario Criminal (con algunas excepciones)

b) Secreto relativo: El contenido del expediente es reservado sólo respecto de terceros, pero las partes pueden tener acceso a él. Ejemplo: Juicios de Nulidad de Matrimonio y Divorcio

8. Principios de la oralidad, escrituración y protocolización.

8.1 Principio de la oralidad: La palabra es el medio de comunicación tanto entre las partes, como entre éstas y el tribunal. Su aplicación en nuestros procedimientos se reduce a la relación y los alegatos ante los Tribunales Superiores de Justicia, con ocasión de la vista de la causa, y a actos jurídico procesales reglados por el Código Procesal Penal.

8.2 Principio de escrituración: La comunicación se verifica a través de instrumentos escritos. Se aplica fundamentalmente durante las etapas de discusión, prueba y fallo en los distintos procedimientos civiles.

En los procedimientos penales anteriores a la reforma también se aplica pero no con tanta primacía. En el Código Procesal Penal rige la oralidad

8.3 Principio de protocolización: Las actuaciones son verbales, pero se deja constancia escrita de ellas en el expediente. Se aplica fundamentalmente en las diligencias probatorias, tales como la declaración de testigos y la absolución de posiciones y se aplica además en todos los procedimientos en los que se permite una intervención oral, pero en que es preciso dejar constancia de ello, como en el juicio sumario, en el de mínima cuantía (art. 704 CPC) y en la denuncia criminal (art. 90 CPP).

9. Principios de la mediación e intermediación.

9.1 La Mediación implica que el tribunal no tiene contacto directo ni con las partes, ni con el expediente ni con las pruebas aportadas, sino que por el contrario existen uno o más agentes que realizan la labor de intermediación. Este principio tiene evidente primacía tanto en los procedimientos civiles como en los penales antiguos.

9.2 En la Intermediación, existe un contacto directo entre el Juez y el proceso y, a diferencia de la mediación, se encuentra mas vinculado al principio de la oralidad que al de la escrituración.

Conforme a lo anterior, es el principio que prima en el proceso de la reforma procesal penal y –aún en materia civil- en segunda instancia, específicamente durante la vista de la causa, además de en otras actuaciones ante tribunales colegiados.

10. Principio de la probidad o buena fe. Es un principio que carece de opuesto, toda vez que se trata más bien de un imperativo. Las partes deben actuar de buena fe, respetando la honorabilidad y lealtad que supone la práctica forense. El art. 724 CPC establece que la prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él.

Este principio se manifiesta en toda clase de procedimientos, tales como:

- a) Implicancias y Recusaciones.
- b) Sanciones al litigante temerario a través de la condena en costas.
- c) Impedimentos para transformar los incidentes en instrumentos meramente dilatorios a través de la consignación
- d) Recurso de Revisión para reparar fallos motivados por dolo.
- e) Juramento y Tacha de testigos

11. Principio de la protección. Se traduce en la consagración de la máxima conforme a la cual el tribunal sólo debiera declarar la nulidad de un acto jurídico procesal, si el vicio u omisión que la motive produce perjuicio. La nulidad procesal sin perjuicio no opera.

A través de este principio, el legislador persigue los siguientes objetivos:

- a) Velar por la validez de las actuaciones procesales.
- b) Proteger a la parte perjudicada.

Las manifestaciones de este principio se relacionan directamente con las vías para solicitar la nulidad de un acto:

- a) Incidente de Nulidad Procesal:

El artículo 83 del C.P.C. exige que el vicio irroque un perjuicio reparable sólo por la vía de la declaración de nulidad.

- b) Recurso de Casación en el Fondo:

Sólo se acoge cuando existe una infracción de ley que incide sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

- c) Recurso de Casación en la Forma.
- d) Recurso de Revisión.

12. Principio de la economía procesal. Persigue obtener el máximo resultado en la aplicación de la ley, para resolver un conflicto con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional. Se manifiesta en:

- a) Planteamiento de todas las cuestiones jurídicas de ambas partes en una sola oportunidad.
- b) Cumplimiento de las resoluciones judiciales pese a la interposición de recursos (Efecto Devolutivo)
- c) Adopción de procedimientos adecuados y eficaces según la naturaleza del conflicto (Principio de Concentración)
- d) Existencia de una oportunidad procesal determinada para rendir la prueba.

13. Principio de la adquisición procesal. Como el proceso no es más que una sucesión de actos, puede producir consecuencias más allá de lo deseado. Lo normal es que prime la **eficacia**, esto es, que los actos procesales no puedan tornarse en contra de la parte que los ha promovido.

Los actos se vacían al proceso y se independizan de su ejecutante, originando perjuicios y beneficios sin distinguir quien será el destinatario de estos o aquellos.

Aplicaciones de este principio:

- a) Confesión judicial espontánea expresa.
- b) Valoración de la prueba testimonial.

CAPÍTULO VI. La actividad probatoria de parte y actividad investigadora del juez.

1. Generalidades. El principio dispositivo se manifiesta a través de los siguientes tres bocardos latinos.

2. Nemo iudex Sine Actore (El proceso debe comenzar a instancia de parte). Este principio emana de la propia naturaleza del proceso civil, en el cual se discuten derechos privados. Se manifiesta en que sólo puede iniciarse un proceso a instancia de parte y en que las partes puedan disponer de sus pretensiones mediante la renuncia (allanamiento y desistimiento).

3. Ne eat iudex ultra vel extra petita partium (El proceso tiene como contenido el que determinan las partes con sus peticiones). El contenido del proceso lo fijan las partes, por lo cual el tribunal sólo puede juzgar las peticiones que éstas le han manifestado. La sanción a su contravención se verifica a través de la ultrapetita.

4. Secundum allegata et probata partium (Corresponde a las partes elegir los medios oportunos de prueba para defender sus intereses, debiendo el juez limitarse a juzgar en atención a lo alegado y probado por éstas). En consecuencia, en el proceso civil sólo habrá termino probatorio cuando sea pedido y el juez no tiene iniciativa para la práctica de la prueba

CAPÍTULO VII. El objeto de la prueba.

1. Concepto: El objeto de la prueba busca respuesta a la pregunta: ¿Qué cosas deben ser probadas?

La existencia de una presunción de conocimiento del derecho, consagrada en el art. 8° CC, descartan su necesidad de prueba, por regla general no es objeto de prueba. El objeto de la prueba serán los **hechos** y por tanto sólo se debe rendir prueba en un proceso cuando el conflicto recae en la discrepancia que se pudiera plantear por las partes respecto de los hechos.

Los hechos que deben ser probados en el proceso son aquellos que forman parte integrante de las pretensiones y excepciones y configuran el conflicto, estando presentes en el conflicto desde su inicio hasta su fin (arts. 254 N°4 y 309 CPC). Hay hechos que integran el conflicto mismo y otros que son accesorios, todos los cuales se van introduciendo en el proceso y deben ser probados. En materia penal la regla varía un poco, toda vez que el juez debe investigarlo todo, sin estar limitado por las afirmaciones de las partes respecto de los hechos, las cuales sólo lo guían. En definitiva, por Son hechos los "acontecimientos o circunstancias concretas determinadas en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes del mundo exterior y de la vida anímica humana que el derecho ha convertido en un presupuesto de un efecto jurídico."

2. La Prueba del Derecho: La regla general es que el derecho se presume conocido por todos desde su entrada en vigencia, y por lo tanto no requiere ser probado en juicio. **Iura Novit Curia:** el tribunal conoce el derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, hay casos en que es necesario rendir prueba para proceder a darle una correcta aplicación en juicio:

a) La Ley (entendida como toda norma de carácter general) hay que probarla:

- i. Cuando se afirma que la ley es inexistente;
- ii. Cuando se ha acreditado que el texto de la ley publicada en el Diario Oficial es distinto de aquel que fue promulgado; y,
- iii. Discusión acerca de la vigencia o derogación de la ley.

b) La Costumbre: Consiste en una repetición de una determinada conducta, realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de una manera constante y uniforme, con la convicción de cumplir un imperativo jurídico. Según las normas de derecho civil y comercial, en determinados casos la costumbre constituye derecho. En *materia civil* (art. 2 CC) no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella y puede ser

probada por cualquier medio. En *materia comercial* no sólo en ese caso, sino también cuando existe silencio de ley, siempre y cuando se acredite por los siguientes medios:

- i. Dos sentencias que aseverando la existencia de la costumbre hayan sido pronunciadas conforme a ella.
 - ii. Tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivaron el juicio en que debe obrar la prueba.
- c) **Derecho Extranjero:** Las partes deben invocar y probar la existencia del derecho extranjero porque legislación extranjera no se encuentra amparada por la presunción del art. 8° CC. El derecho extranjero se prueba normalmente a través del informe de peritos. Si el derecho extranjero constituye cuestión de hecho, el derecho extranjero no podría ser aplicado por el juez, sino cuando es alegado y probado por las partes.
- d) **Sentencia Extranjera:** Para hacerse valer en el proceso se requiere que previamente se otorgue el exequatur por parte de la Corte Suprema (art. 241 CPC)

3. Los Hechos que sí Requieren Prueba: Deben probarse los hechos que integran el conflicto y que no han sido aceptados por las partes: los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. En definitiva, el tribunal fijará los hechos sobre los cuales debe rendirse la prueba en el juicio, en la resolución que recibe la causa a prueba.

- a) **Hecho Sustancial:** El que integra en forma tan esencial el conflicto que sin su prueba no se puede adoptar resolución alguna.
- b) **Hecho Pertinente:** Aquel que sin integrar esencialmente el conflicto se vincula a él y es necesario para la resolución del órgano jurisdiccional.
- c) **Hecho Controvertido:** Aquel que genera discrepancia en cuanto a su existencia o a la forma en que acaeció.

4. Hechos que no requieren de Prueba: Hay hechos que no requieren de prueba. Estos son:

- a) **Los hechos consentidos por las partes.** Se trata de hechos que no son controvertidos.
- b) **Los hechos evidentes:** Son aquellos vinculados al progreso científico en el momento histórico en que se producen y que no necesitan de prueba por estar incorporado al acervo cultural de los hombres, y por ende al del juez. Se trata, por ejemplo, de máximas científicas tales como que los efectos de la luz son más rápidos que los del sonido, la visión es mejor en la claridad que en la oscuridad, etc. Este concepto de hecho evidente es relativo al momento en que se produce por cuanto lo que es evidente hoy, mañana puede dejar de serlo. De hecho, el progreso de la humanidad se ha construido precisamente por el desmoronamiento que el progreso científico y técnico ha producido respecto de los hechos que alguna vez fueron evidentes. Para establecer el hecho evidente no es necesario que se rinda prueba, pero si es admisible rendir prueba en el proceso para destruir el hecho evidente. En el nuevo proceso penal se remite a los “conocimientos científicamente afianzados” (Art. 297 NCPP)
- c) **Los hechos notorios:** Son aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social, en el tiempo en que se produce la decisión.
 - 1) Elementos del hecho notorio:
 - i. Que se trate de un hecho;
 - ii. Que este hecho forme parte del acervo cultural de un determinado círculo social; y,
 - iii. Que dicho conocimiento concorra al momento de la decisión.

- d) **Los Hechos Presumidos:** se refiere a las presunciones legales, las cuales a su vez pueden ser de derecho o simplemente legales. En todo caso debemos distinguir entre el hecho base o premisa y el hecho presumido propiamente tal. El hecho base o premisa debe estar probado, y sólo entonces puede darse por acreditado el hecho presumido. No obstante, incluso en este caso puede ser que el hecho presumido requiera prueba. En efecto, si la presunción es de derecho, hay exclusión de prueba y no se puede rendir prueba en contrario, pero si es simplemente legal, es admisible prueba por parte del que quiere destruir el hecho presumido.
- e) **Los Hechos Negativos:** Hay que distinguir dos situaciones:
- i. Alegación o Negación Genérica: Se verifica cuando el demandado procede a negar todos los fundamentos de hecho en los cuales se basa la pretensión del demandante, en forma general y abstracta. En este caso, el demandado nada debe probar, y en consecuencia le corresponderá en plenitud la carga de la prueba al demandante.
 - ii. Negación respecto de determinados hechos:
 - **Negativa absoluta:** Cuando solo se niega una situación sin agregar hechos, nada hay que probar, y la carga de la prueba corresponde al demandante.
 - **Negativo reforzado por un hecho positivo:** La carga de la prueba le corresponde al que agrega el hecho positivo contrario (ej: nada debo porque pagué).

CAPÍTULO VIII. La carga de la prueba.

1. Concepto: Es aquella noción procesal que indica al Juez como fallar cuando en el proceso no se han acreditado los hechos (mandato dirigido al Juez), o bien, aquel conjunto de reglas que indican que hechos corresponde probar (mandato a las partes). Según **Goldschmidt**, una carga es el ejercicio de un derecho para el logro del propio interés. *"Es el poder o facultad de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta provista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables."*

También se le ha definido como aquella carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso.

El concepto de la carga de la prueba reviste gran importancia, toda vez que impide que se produzca la situación conocida como la **absolución de la instancia o non liquet**, que existía en el derecho romano, y en virtud de la cual, si no se acreditaban los hechos, el juez estaba obligado a sobreseer el proceso. Hoy en día, si no se rinde prueba, el juez deberá dictar sentencia desfavorable contra el que no sobrellevó la carga de la prueba.

2. Sistema Normativo de la Carga de la Prueba: Dentro de las disposiciones normativas que regulan la carga de la prueba, podemos distinguir tres clases o grupos:

- a) **Normas Subjetivas:** Están dirigidas a las partes para determinar quien debe rendir la prueba para acreditar un determinado hecho.
- b) **Normas Concretas:** Determinan que hecho debe probar cada parte.
- c) **Normas Objetivas:** Constituye una regla general de juicio para el juez, ante la falta de prueba de los hechos.

d) **Norma Abstracta:** No se refiere a hechos particulares, sino es de carácter general

3. Características de la Carga de la Prueba:

- a) Forma parte de la Teoría General del Derecho.
- b) Se aplica en toda clase de procedimientos.
- c) Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes.
- d) No determina quien debe llevar la prueba si no que más bien determina quien asume el riesgo de no probar un determinado hecho.
- e) Se trata de una regla objetiva consagrada en la ley.
- f) La aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, constituye una cuestión de derecho, no de hecho. Si en una sentencia se infringen las reglas sobre la carga de la prueba, el recurso para impugnar la sentencia es el recurso de casación en el fondo, a través, del cual, en forma excepcional, se podrán modificar las consideraciones tanto de hecho como de derecho.
- g) Interesa la carga de la prueba si no se rindió prueba.
- h) La influencia de este concepto se extiende a lo largo de todo el proceso pero se aplica por el juez en el momento de decidir, porque la carga de la prueba se altera a lo largo del proceso por la conducta de las partes.
- i) Se relaciona con la premisa menor del silogismo judicial, esto es, el establecimiento de los hechos para encuadrarlos en la norma y así resolver el conflicto.
- j) Es independiente del sistema de valoración de la prueba. Rige siempre, sin importar si rige el sistema de prueba legal, sana crítica o libre convicción.
- k) Se determina no solo por la situación inicial en un proceso sino también por las circunstancias posteriores que pueden ir acaeciendo.
- l) Se aplica no solo para la cuestión principal, sino que también para las cuestiones accesorias tales como los incidentes.
- m) Está consagrada en los códigos como regla general.
- n) Impide el non liquet o la absolución de la instancia.

4. Reglamentación de la Carga de la Prueba en Nuestra Legislación: La regla de oro se encuentra contenida en el **art. 1698 CC**, aplicable a todo el ordenamiento jurídico chileno, de conformidad a lo establecido en el **art. 4° CC**. Se pone énfasis a las normas de la carga de la prueba como normas de conducta dirigidas a las partes: ***"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta."*** Este art. distingue solo dos clases de hechos: los constitutivos y los extintivos. Sin embargo, la doctrina distingue una gran variedad de hechos que eventualmente pueden ser alegados por las partes:

- a) **Constitutivos:** aquellos que generan una obligación.
- b) **Invalidativos:** aquellos que generan la nulidad de la obligación.
- c) **Convalidativos:** aquellos que partiendo del supuesto acto invalidado permiten sanearlo (ej: ratificación, confirmación, etc.)
- d) **Impeditivos:** aquellos que vician el acto desde su inicio sin posibilidad de sanearse.
- e) **Extintivos:** aquellos que extinguen la obligación.

Como regla general, podemos decir que la carga de la prueba la tiene aquel a quien la existencia del hecho favorece respecto de los hechos constitutivos y convalidativos, mientras que en los

hechos invalidativos, impeditivos y extintivos, la carga de la prueba la tiene aquel a quien la nulidad o extinción de la obligación favorece.

Además de la regla anterior, existen una serie de criterios generales doctrinarios y jurisprudenciales para determinar la distribución de la carga de la prueba:

- a) El actor tiene la carga de probar la acción y el demandado la excepción.
- b) La carga corresponde a quien afirma un hecho y se exime a quien niega un hecho.
- c) La carga corresponde a quien alega un hecho anormal porque lo normal se presume (la carga corresponde a quien pretende innovar).
- d) Corresponde la carga de la prueba a la parte que afirma un hecho que constituye un supuesto para la aplicación de la norma jurídica que invoca.

5. Problemas Relacionados con la Carga de la Prueba:

a) Según la reacción del demandado, debemos distinguir:

- i. Si se encuentra en rebeldía, la carga de la prueba le corresponde siempre al demandante.
- ii. Si deduce alegaciones o defensas meramente negativas, la carga de la prueba le corresponde igualmente al demandante.
- iii. Si se defiende oponiendo excepciones de fondo, la carga de la prueba la va a corresponder al demandado.
- iv. Si deduce demanda reconventional, el demandado pasa a tener el carácter de demandante, y en consecuencia se invierten las reglas.

b) Situación de las Presunciones:

- i. Presunción de derecho: Una vez acreditado el hecho base o premisa, se da por acreditado el hecho presumido, y se excluye la posibilidad de rendir prueba.
- ii. Presunción simplemente legal: Se altera la carga de la prueba, porque el legislador, partiendo de determinados supuestos, da por acreditado un hecho que, de no existir norma legal, debería ser probado por quien tiene la carga de la prueba. En este caso, la carga de la prueba la tiene quien quiere destruir la presunción.

c) Alteración de la Carga de la Prueba:

- i. El tribunal: Nunca puede alterar las reglas de la carga de la prueba, por ser éstas de carácter legal.
- ii. Las Partes: Como el **art. 1698 CC** no dice nada, hay varias posiciones:
 - Se trata normas de procedimiento, inmodificables antes de aplicarse, por ser de orden público, pero modificables una vez que se están aplicando (**art. 303 CPC**)
 - Se trata de reglas de orden público, dirigidas principalmente al tribunal y por lo tanto inalterables por las partes. Da lo mismo que sean normas de procedimiento, pues éstas igualmente son de derecho público, en cuanto regulan el desarrollo de la gestión de un órgano público.

CAPÍTULO IX. Los sistemas probatorios.

Los sistemas o reglas de valoración de la prueba son aquellos destinados a determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba. Cuando hablamos de sistemas de valoración de la prueba, nos referimos tanto a los medios admitidos, a los procedimientos establecidos para su producción, así como, a su valor probatorio.

Los criterios de valoración de la prueba son:

a) Libre Convicción: Dentro de él es posible identificar dos corrientes diferentes. Una primera vertiente, es el denominado sistema de apreciación de prueba *en conciencia*, propio de los sistemas judiciales en que existe jurado, y en el cual si bien no existen reglas que determinen ni la admisibilidad de los medios ni su valor probatorio, el tribunal debe fallar de acuerdo a su prudencia, pero con apego a las pruebas aportadas al juicio, dejando de lado las intuiciones o prejuicios. La segunda doctrina, es el sistema de apreciación *contra prueba*, en el cual el tribunal falla exclusivamente conforme a su íntima convicción, y aún prescindiendo de las pruebas que obren en el proceso, pudiendo inclusive contrariarlas abiertamente. Independientemente de la doctrina, la verdad es que hoy en día estos sistemas se han visto atenuados, toda vez que es inadmisibles que el juez no fundamente su fallo aún en el sistema de la libre convicción.

b) Prueba Legal o Tasada: Conforme a este sistema, el legislador establece detallada y taxativamente cuales son los medios de prueba de que pueden valerse las partes y que serán admisibles en un procedimiento. Del mismo modo, se regula todo el proceso de producción de la prueba, en cuanto a su forma y oportunidad procesal. Finalmente, se establece igualmente un mandato imperativo para el Juez, indicándole el valor probatorio que debe dar a cada prueba rendida, así como a forma de cotejar unas pruebas con otras. Dentro de este sistema, podemos distinguir una prueba legal absoluta, y otra relativa, según la mayor o menor atenuación de la regulación y la mayor o menor libertad para el Juez al momento de valorar la prueba.

c) Sana Crítica: Es un sistema racional, y eminentemente judicial, que se ubica en una posición intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Según Couture, este sistema está basado en la aplicación de dos principios:

a) El juez debe actuar de acuerdo a las reglas de la *lógica*. Son reglas universales, estables e invariables en el espacio y tiempo, propias del razonamiento humano.

b) El juez debe actuar aplicando reglas de la *experiencia*. Las máximas de la experiencia son "*Conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio.*" (Stein) Son definiciones o juicios hipotéticos con contenido de carácter general desligados de hechos concretos formulados en un proceso.

La crítica debe ser sana, en cuanto a que el juez haga una ponderación acuciosa, imparcial y orientada con los datos científicos y morales pertinentes a la materia y caso que se trate. Es un razonamiento intelectual, interno y subjetivo que debe realizar el tribunal para la apreciación en cada proceso de los hechos. En el sistema de la sana crítica es posible que existen leyes reguladoras de la prueba en cuanto a establecer los medios de prueba, establecer y distribuir la carga de la prueba, pero no existen normas destinadas a regular la apreciación comparativa de los medios de prueba ni a establecer su valor probatorio.

d) Sistema Probatorio Chileno: En nuestro país, aparentemente el legislador intentó establecer un sistema de Prueba Legal Relativa, toda vez que no obstante se enumeran los medios de prueba, la forma de rendirlos y el valor probatorio, existen una serie de "válvulas de escape" que se acercan en gran medida a la sana crítica. Ejemplos:

i) Disposiciones que establecen la apreciación de la prueba en conciencia en diversos procedimientos civiles, como en el Juicio de Mínima Cuantía (Artículo 724 CPC), de Menores (artículo 36 de la Ley N° 16.618) sobre juicios de arrendamiento (artículo 15 Ley de la N° 18.101) sobre,

ii) Disposiciones que establecen la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica en juicios de policía local (artículo 14 de la Ley N° 18.287 de Juzgados de Policía Local), juicios laborales (artículo 456 del Código del Trabajo), en la prueba de peritos (artículo 425 CPC), y en la testimonial (artículo 429 y 384 N°s 2, 3 y 4 CPC).

iii) Disposición que permite al tribunal efectuar la apreciación comparativa de los medios de prueba de igual valor probatorio, cuando no existe norma que resuelva el conflicto (Artículo 428 CPC).

CAPÍTULO XI: Principales diferencias entre la prueba civil y penal.

PROCEDIMIENTO CIVIL	ANTIGUO PROCEDIMIENTO PENAL	NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL
La prueba es actividad de comprobación	Es actividad de investigación atendida la relevancia del sumario y el valor que tienen las pruebas rendidas en el plenario	Es actividad de comprobación atendido que revisten valor probatorio en el juicio oral solo las pruebas que se rindan en él
El objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes	El objeto de la prueba son los hechos, cosas, lugar y personas, independiente de las afirmaciones de las partes	El objeto de la prueba son los hechos, cosas, lugar y personas, conforme a lo sostenido en la acusación y defensa
Se aplica la carga de la prueba	Se aplica el principio in dubio pro reo	Se aplica el principio in dubio pro reo
Poderes limitados del juez en medidas para mejor resolver	Poderes amplísimos para decretar pruebas durante sumario (109 CPP) y en el plenario (art. 499 CPP)	La investigación no tiene valor probatorio ni existen las medidas para mejor resolver
Rige sistema prueba legal o tasada	Rige sistema prueba legal o tasada para condenar; sana crítica para absolver	Rige plenamente sana crítica
Término probatorio ordinario de 20 días	Término probatorio ordinario de 20 días	La prueba debe rendirse dentro del juicio oral
Sólo existen medios establecidos por ley	Ley contempla número abierto de medios	Sistema de libertad de prueba
Es admisible confesión ficta	No es admisible confesión ficta	No es admisible confesión ficta
Las inhabilidades de testigos se clasifican en absolutas o relativas	Las inhabilidades son únicas	No se contemplan inhabilidades

PARTE ESPECIAL LOS MEDIOS DE PRUEBA

CAPÍTULO I LOS MEDIOS DE PRUEBA

I.- GENERALIDADES.

A. Concepto: Es todo elemento que sirve para convencer al juez de la existencia de un hecho. *"Son todos los instrumentos, cosas o circunstancias en las cuales el juez encuentra los motivos de su convicción frente a las proposiciones de las partes."*

B. Clasificación de los Medios de Prueba: Los criterios de clasificación derivan de los sistemas probatorios o dicen relación al contacto entre el juez y el hecho:

a) Según el contacto del juez con los hechos:

- i. Directas: Permiten al tribunal formarse su convicción por la observación propia y directa del hecho (ej: inspección personal)
- ii. Indirectas: El tribunal se forma su convicción a través de otros hechos o de dichos de terceros (ej: prueba testimonial y pericial)

b) Según cuando se origina la prueba:

- i. Preconstituidas: Existen antes del juicio y tienen una eficacia jurídica potencial (ej: instrumentos)
- ii. Circunstanciales: Nacen o se producen durante el juicio (ej: prueba testimonial)

c) Según su eficacia:

- i. Que Producen Plena Prueba: Aquellos medios que reuniendo los requisitos legales, por si solos permiten dar por acreditado un hecho (ej: confesión acerca de hechos personales - prueba más plena en materia civil)
- ii. Que no Producen Plena Prueba: (o que producen prueba semi plena) Son aquellos medios que por si solos no permite acreditar los hechos sino que requiere para ello de otras pruebas.

d) Según su relación con el conflicto:

- i. Pertinentes: dicen relación con el asunto controvertido.
- ii. Impertinentes: no dicen relación con el asunto controvertido.

e) Según los requisitos para rendir prueba:

- i. Prueba Legal.
- ii. Prueba Ilegal.

Este tema no se ha debatido mucho, pero en el derecho norteamericano y se refiere fundamentalmente a que la obtención de la prueba sea lícita (teoría del árbol podrido). Aquí se contraponen el derecho a rendir prueba en el proceso, limitado por los derechos fundamentales establecidos en la CPE, en especial el derecho a la intimidad. Cualquier prueba obtenida con infracción a estos derechos es ilegal (ej: pruebas obtenidas en allanamiento de domicilio sin autorización judicial). Pero esto va aún más lejos: se puede obtener prueba ilegal y a través de ella llegar a obtener una prueba legal. De acuerdo con la doctrina del árbol podrido, esta prueba también sería ilegal. En la legislación chilena, existirían ciertas disposiciones que apoyan esta teoría, tales como el art. 484 CPP.

f) Según los efectos que produce en el tribunal:

- i. Idóneas: Llevan al tribunal a adquirir la certeza acerca de un hecho.

- ii. Ineficaces: no llevan al tribunal a adquirir la certeza acerca de un hecho.

C. Doctrinas Acerca de los Medios de Prueba: Son los sistemas que, dentro del ordenamiento procesal, se pueden contemplar respecto de los medios de prueba establecidos por el legislador:

a) Doctrina Legalista: Postula que el legislador, a través de las leyes reguladoras de la prueba, establece en forma taxativa los medios de prueba que pueden ser utilizados en el proceso para acreditar los hechos. De acuerdo con sus partidarios solo se puede acreditar un hecho usando los medios de prueba establecidos por el legislador. Si un medio de prueba no está en la enumeración, no se puede usar ni dar valor probatorio, lo cual plantea el problema de que los medios tecnológicos, más avanzados que el legislador, tales como videos, radiografías, informes sobre exámenes de sangre, ADN, etc., quedarían excluidos. Es por ello que se los ha tratado de encasillar en los medios de prueba si contemplados en la ley, normalmente identificándolos con informes periciales y prueba testimonial o instrumental.

b) Doctrina Analógica: Para esta doctrina, el legislador enumeró taxativamente los medios de prueba, pero solamente respecto al género y no a la especie. Señalan que el legislador, cuando enumera los medios de prueba, no los especifica, y en consecuencia, todos los medios de prueba generados por el avance científico se pueden incorporar dentro del género que mejor cuadre con el medio de prueba. En nuestra legislación hay un art. que se refiere expresamente a los modernos medios de prueba, siendo fruto de una reforma reciente, pero siempre reafirmando la existencia en Chile de la prueba legal, toda vez que estos medios sólo pueden servir de base a presunciones. (**art. 113 bis CPP**).

c) Doctrina Discrecional: La enumeración de los medios de prueba que eventualmente pudiera hacer el legislador, se hace sólo a título referencial correspondiéndole en definitiva al juez admitir o no los medios de prueba que considere aptos para formar su convicción.

d) Legislación Positiva. En Chile, el legislador ha establecido taxativamente los medios de prueba, tanto en el CC, CPC y CPP. Del mismo modo, en algunos casos la concurrencia obligatoria de determinados medios, y en otros se los excluye expresamente para los efectos de acreditar un hecho (**arts. 1708 y 1709 CC**). Además, se establece respecto de cada medio de prueba su valor probatorio, así como, la forma en que comparativamente se deben apreciar por el tribunal los diversos medios de prueba. Esto último es lo que pesa como argumento más fuerte a favor de la doctrina legalista, toda vez que si se admitiera discrecionalidad, sería ilógico establecer normas para la apreciación comparativa de los medios. Sin embargo, la presencia de una serie de válvulas de escape, nos hacen creer que en nuestro país, se ha ido imponiendo cada vez más la tesis analógica.

CAPÍTULO II

LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

I.- LA PRUEBA INSTRUMENTAL.

A. Generalidades.

1. Reglamentación. Es la prueba más abundante e importante en cuanto a fuerza y cantidad en nuestros procedimientos, tanto que se encuentra regulada en el CC (prueba obligaciones), en el CPC (medios de prueba y término probatorio), en el CPP (desordenadamente, contempla una doble regulación, en el sumario y en el plenario), en el NCPP (arts. 19, 39 a 44, 187, 203, 215, etc.) e inclusive en el COT (dentro de las funciones de los notarios, escrituras públicas, protocolización, autorización de documentos privados ante notario, etc.)

2. **Concepto:** En su concepto clásico, se los identifica con los documentos o escritos, en tanto que para la doctrina más moderna, el concepto de instrumento es genérico, siendo los documentos sólo una especie; es todo escrito, impreso o grabado. Para Chiovenda es toda representación material destinada e idónea para producir una cierta manifestación del pensamiento. En nuestro derecho no hay distinción, y se los considera como conceptos sinónimos. Debido a esto se busca aplicar las normas más modernas del CPP para poder encajar los modernos medios de prueba. En definitiva, podemos decir que un instrumento es *"todo elemento que da testimonio de un hecho y que tiene el carácter de conservable."*

3. **Características:**

- a) Es prueba pre constituida.
- b) Es indirecto.
- c) Generalmente produce plena prueba.

4. **Clasificación:**

a) **Según el motivo de su otorgamiento:**

- i. Ad Probationem: (o por vía de prueba) Generados específicamente para dar cuenta de un hecho. Si el acto jurídico no es solemne y se deja constancia de él en un documento escrito, se está extendiendo en un documento que solo tendrá afectos de carácter probatorio, por lo cual se pueden también usar todos los otros medios de prueba enunciados por el legislador.
- ii. Ad Solemnitatem: (o por vía de solemnidad) Generados para la validez del acto jurídico. En este caso, el acto jurídico se prueba precisamente por su solemnidad y solo por ésta.

b) **Según su relación con el Acto o Contrato:**

- i. Fundantes: Son aquellos de los cuales emana directamente la pretensión o excepción hecha valer en juicio.
- ii. Probatorios: No acreditan directamente las razones o motivos inmediatos de la pretensión o excepción hecha valer.

Esta distinción se hacía en virtud del antiguo art. 255 CPC, que exigía acompañar los documentos fundantes a la demanda y la contestación de la demanda, pero hoy no se contempla

c) **Según la naturaleza jurídica del instrumento:**

- i. Privado: Aquel otorgado sin solemnidad alguna.
- ii. Público: (art. 1699 CC) Es el otorgado con las solemnidades legales, por el competente funcionario. Dentro del género de instrumento público, se encuentra una especie que es la escritura pública, cuyo elemento distintivo es que el funcionario competente es un Notario, y que la solemnidad esencial además de lo indicado en los arts. 404 a 414 COT, es su incorporación en el protocolo o registro público.

Esta clasificación importa tanto para determinar a su valor probatorio, como para determinar la forma en que se acompaña en juicio

B. **El Instrumento Público:** El art. 1699 CC lo define como aquel *"autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario."* A partir de la definición legal, podemos inferir sus elementos esenciales:

a) **Debe otorgarse por un funcionario público:** (no necesariamente un ministro de fe). Es todo aquel que pertenece a la administración del Estado, regido por la Ley de Administración del

Estado. Los jueces también son funcionarios públicos. Se admite en esta materia el error común respecto de la capacidad o habilidad del funcionario.

b) El funcionario público debe ser competente: Se refiere a que tenga facultades suficientes en atención al territorio y a las demás exigencias legales.

c) Debe ser otorgado con las solemnidades legales: Para determinar si un instrumento público cumple con estos requisitos, es preciso examinar la legislación que regula cada una de las especies de instrumento público y cual es tanto el funcionario como las solemnidades que exige la ley.

Algunos ejemplos de instrumentos públicos son:

1) Los certificados de dominio vigente, de hipoteca y gravámenes y de prohibiciones e interdicciones otorgados por el CBR.

2) La copia de la demanda que el Receptor entrega al notificarla.

3) La escritura pública otorgada por Notario competente con las solemnidades legales.

4) Las partidas o certificados de nacimiento, matrimonio y defunción que otorga el ORC.

Hemos dicho que la importancia de identificar un instrumento público, dice relación fundamentalmente con su valor probatorio. En razón de ello, es preciso referirse a otros documentos de distinta naturaleza jurídica, pero que suelen confundirse con éstos:

C. La escritura pública. Ver apuntes Derecho Procesal Orgánico.

D. Documentos protocolizados e instrumentos privados autorizados ante notario. Los instrumentos pueden ser públicos o privados. Sin embargo, existen una serie de otros instrumentos cuya naturaleza puede resultar confusa, en razón de lo cual es preciso aclararla. Para partir, diremos que la sola intervención de un Notario no permite otorgarles a éstos el carácter de escrituras públicas. Veamos estas dos clases de documentos:

1. Instrumento Privado Protocolizado: La protocolización es agregar un instrumento privado al final del protocolo (art. 415 COT). La protocolización no transforma al instrumento privado en público, sino que sólo sirve para dar fecha cierta al documento, respecto de terceros, salvo que se trate de los contemplados en el art. 420 COT:

i) Testamentos cerrados y abiertos en la forma legal;

ii) Testamentos solemnes abiertos otorgados en hojas sueltas, siempre que se protocolicen a más tardar al día siguiente hábil de su otorgamiento;

iii) Testamentos menos solemnes o privilegiados no autorizados por notario, previo decreto judicial;

iv) Actas de Oferta de Pago; y,

v) Instrumentos otorgados en el extranjero, así como, las traducciones.

2. Instrumento Privado autorizado ante Notario: La sola autorización no es suficiente para transformarlo en instrumento público, pero existirá un testigo preconstituido y abonado de su existencia en caso de ser objetado en juicio. En el caso de los títulos de crédito, la autorización los transforma en títulos ejecutivos pero no en instrumentos públicos.

E. Aspectos procedimentales.

1. Iniciativa en la prueba instrumental. La iniciativa para rendir la prueba instrumental dentro del proceso puede ser de parte o de tribunal. La iniciativa de parte puede a su vez ser voluntaria o forzada:

a) Voluntaria: cuando la parte en forma libre y discrecional decide acompañar un documento al proceso (regla general)

b) Forzada: cuando una parte o un tercero se encuentra obligado a acompañar un documento al proceso bajo apercibimiento de imponérsele sanciones legales o procesales. Se da fundamentalmente en los casos de las medidas prejudiciales contempladas en los números 3 a 5 del art. 273 del CPC, y durante el proceso, en el caso del art. 349 CPC, conocido como exhibición de documentos. Los requisitos de esta exhibición son los siguientes:

- i. Que el documento tenga relación directa con la cuestión debatida.
- ii. Que no tenga el documento el carácter de secreto o confidencial.
- iii. Que se acredite que el documento se encuentra en poder de la parte o el tercero.

Cuando se da esta situación, lo normal es que se confiera traslado o se decrete con citación para que la otra parte se pueda oponer a la exhibición ya sea porque el documento no está en su poder, no dice relación con el asunto controvertido o tiene el carácter de reservado o secreto. El tribunal decide sobre la procedencia de la exhibición. Los gastos de la exhibición son del que los solicita sin perjuicio de lo que se resuelva sobre las costas. Cuando la exhibición la debe hacer el tercero, puede hacerlo en su casa u oficina. En caso de negativa del tercero a efectuar la exhibición, se hacen aplicables los apercibimientos establecidos a propósito de las medidas prejudiciales en los arts. 274 y 277 CPC. En la práctica, lo que se hace es pedir una copia, y exigir que durante la exhibición, se encuentre presente un ministro de fe (secretario del tribunal) que tome testimonio de los documentos que se van a exhibir y autorice las copias. Con la entrega de la copia se evita el extravío de los originales.

Hemos dicho que la iniciativa de esta prueba también puede corresponder al tribunal. En nuestros procedimientos civiles, esta opción se manifiesta exclusivamente a través de las medidas para mejor resolver, con la limitación de no poder hacer renacer derechos que hayan precluido para las partes.

2. La oportunidad legal para rendir la prueba instrumental.

a) Antes del Procedimiento: A través de las medidas prejudiciales probatorias contempladas en los números 3 a 5 del art. 273 CPC.

b) Conjuntamente con la Demanda: El actor puede acompañar los documentos a la demanda y en tal caso el demandado tiene para objetarlos el término de emplazamiento, lo cual implica que la objeción se hará en la contestación de la demanda, usualmente en un otrosí del escrito de contestación de la demanda o de las excepciones dilatorias, pero nada impediría que se haga en documento separado.

c) Durante el Procedimiento: (regla general) Se pueden acompañar en cualquier estado del juicio, hasta el vencimiento del término probatorio en la primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda instancia. No obstante, aún cuando las partes estén citadas para oír sentencia, se puede presentar el escrito de objeción de documentos (arts. 348 y 433 CPC). En segunda instancia también se pueden presentar objeciones el mismo día y antes que se inicie la vista de la causa.

d) Después de la Oportunidad Procesal: Como medida para mejor resolver, el tribunal determinará que documentos se acompañarán.

3. Instrumentos públicos otorgados en el extranjero y sus efectos en Chile.

De conformidad a lo establecido por el art. 17 CC, la forma de los instrumentos públicos se determina por el lugar en que han sido extendidos, mientras que su autenticidad se probará además según las reglas establecidas por el Código de Enjuiciamiento (CPC). La forma se refiere a las formalidades

externas, en tanto que la autenticidad, se refiere al hecho de haber sido realmente otorgado y a la manera en como en dichos documentos se expresa. Para que un instrumento público otorgado en el extranjero tenga valor en Chile, es preciso que cumpla con ciertos requisitos especiales:

a) Que la forma en que ellos se otorgaron se ajuste a la legislación del país en el cual se extendió el instrumento.

b) Que el instrumento ha sido otorgado y autorizado por las personas y de la manera en que el se exprese.

Nuestro legislador, respecto de los instrumentos públicos otorgados en el extranjero, ha establecido tres trámites esenciales para equiparlos u homologarlos a los instrumentos públicos nacionales:

a) Legalización: Se establece la autenticidad del documento otorgado en el extranjero, esto es, que en ellos conste **1)** el carácter de públicos, y **2)** la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado. Esta autenticidad se obtiene mediante el atestado (testimonio) otorgado por alguno de los funcionarios establecidos en el art. 345 CPC, a saber:

1) Agente Diplomático o consular chileno, acreditado en el país de procedencia del instrumento, y cuya firma se compruebe mediante certificado del Ministerio de RR.EE.

2) Agente diplomático o consular de una nación amiga, acreditado en el país de procedencia del instrumento, a falta de funcionario chileno, y cuya firma se compruebe mediante certificado del Ministerio de RR.EE. del país de procedencia del agente, y además por el Ministerio de RR. EE. de Chile.

3) Agente diplomático extranjero acreditado en Chile por el gobierno del país de procedencia del instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de RR.EE. de Chile.

El proceso se compone de dos actuaciones: La primera de ellas es la acreditación de la firma del funcionario extranjero por parte de un agente diplomático o consular, y la segunda es la acreditación de la firma de dicho diplomático por parte del Ministerio de RR EE. de nuestro país. La jurisprudencia ha dicho que los instrumentos públicos otorgados fuera no debidamente legalizados no se pueden considerar como prueba en juicio.

b) Traducción: La traducción oficial normalmente es realizada por un intérprete del Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme al art. 63 CPC. En general, los documentos extendidos en idioma extranjero, sean públicos o privados, se pueden acompañar en juicio, pero para que puedan tener valor probatorio en juicio es menester que sean traducidos. Hay dos alternativas:

1) Acompañarlo sin la correspondiente traducción: El tribunal tiene que ordenar que el documento sea traducido por el perito que designe a costa de la parte que lo presenta, sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva respecto de la condena en costas.

2) Acompañarlo con su traducción: En este caso vale la traducción acompañada respecto del documento siempre que la otra parte no exija dentro de un plazo de seis días que sea revisada por un perito. Las costas son de quien presentó el documento, sin perjuicio de lo que resuelva la sentencia definitiva sobre la condena en costas.

c) Protocolización: Ya analizado.

Excepcionalmente, existe una situación en la cual no se necesita ninguno de estos tres trámites, a pesar de haber sido otorgado el instrumento en el extranjero. Se trata de los instrumentos otorgados por los cónsules, ya que de acuerdo al reglamento consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, estos tienen la facultad de ser ministros de fe, pudiendo otorgar instrumentos públicos. No obstante, igualmente es preciso que la firma del cónsul sea verificada por el Ministerio de RR. EE. de Chile.

4. Instrumentos Públicos en Juicio: Están establecidos como una clase especial de instrumentos en el art. 342 CPC, el cual indica que solo serán considerados como tales los que a continuación se enumeran, y siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter:

- a) Los documentos originales (matrices).
- b) Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriben para que hagan fe respecto de toda persona o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer.
- c) Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los 3 días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas.
- d) Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria. Existen dos clases de cotejo: uno instrumental, en el cual se confrontan dos instrumentos, y otro de letras, que confronta la firma de dos escrituras. En este caso se habla de un cotejo instrumental, el cual debe hacerse de conformidad al art. 344 CPC.

Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizadas por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que reúnan las condiciones indicadas en el número anterior. Para algunos este numeral es una reiteración del art. 159 CPC, como medida para mejor resolver. Pero este número dice que el tribunal puede mandar a agregar copias durante el juicio sin ninguna restricción (interpretación amplia).

5. Forma de acompañar los instrumentos públicos al juicio. Si bien no se establece expresamente en el CPC, por interpretación de diversas normas del mismo código, se ha establecido que los documentos, por regla general, deben acompañarse "*con citación*". Inclusive, aún existiendo regulación especial, esta debe adicionarse a la citación, todo lo cual se desprende de las siguientes normas:

- a) **Artículos 795 N°4 y 800 N°2 CPC:** A propósito del Recurso de Casación en la Forma, establecen como trámites esenciales de la primera y segunda instancias, "la agregación al proceso de los documentos presentados oportunamente con citación."
- b) **Artículo 342 N°3 CPC:** A propósito de qué documentos se deben considerar como públicos en juicio, se establece un plazo de tres días para objetarlos, plazo que se iguala con el de citación.
- c) **Artículo 348 inciso 2° CPC:** Suspende el fallo en segunda instancia hasta que se encuentre vencido el plazo de citación para objetar documentos.
- d) La citación es perfectamente compatible con cualesquiera de las regulaciones especiales.
- e) Siempre está latente la posibilidad de que se produzca una pluralidad de partes, o presencia de terceros coadyuvantes, respecto de los cuales no son aplicables los apercibimientos especiales, pero debe dárseles la posibilidad de objetar la prueba.

No obstante lo anterior, que como hemos dicho constituye la regla general, existen ciertos casos particulares en que esta regla se altera, toda vez que además de acompañarlos con citación (porque es trámite esencial) se establecen formas adicionales de acompañar el instrumento:

- a) **Instrumento Privado emanado de la Contraparte:** debe acompañarse con citación, y bajo el apercibimiento contenido en el art. 346 N°3 CPC.
- b) **Traducción de Documentos:** De conformidad a lo establecido en el art. 347 inciso 2° CPC, debe acompañarse con citación (porque es trámite esencial) y bajo el apercibimiento de que salvo que en plazo de seis días la contraparte exija la revisión de la traducción por un perito, se tendrá por válida la traducción acompañada.

Documentos acompañados a la Demanda: Si bien se acompañan con citación o bajo los apercibimientos que correspondan, el plazo para objetarlos será el término de emplazamiento.

6. Valor probatorio de los instrumentos públicos. En términos generales, los instrumentos públicos gozan de una presunción de autenticidad, por cuanto son otorgados por un ministro de fe, reforzado por la sanción del art. 208 CP. Es preciso hacer una nueva distinción:

1) *Respecto de los Otorgantes:* Constituye plena prueba respecto a:

a) El hecho de haberse otorgado el instrumento.

b) La fecha del instrumento.

c) El hecho de haberse formulado las declaraciones que constan en el instrumento público.

En este caso es necesario hacer algunas precisiones. En el caso de las **declaraciones del funcionario**, hace plena prueba en todos los casos, sea que estas recaigan en hechos propios, hechos percibidos por sus propios sentidos, hechos que no son suyos ni ha percibido por sus propios sentidos, pero que ha comprobado por los medios que la ley le suministra, o hecho que ha comprobado confiando en el dicho de otras personas y que importan meras apreciaciones. En cuanto a las **declaraciones de las partes**, el instrumento hace plena fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del documento. En consecuencia, sólo en las cláusulas enunciativas sin relación directa no constituyen plena prueba, aunque pueden tener el carácter de presunción grave por el art. 398 inciso 2° CPC.

2) *Respecto de Terceros:* Las cláusulas dispositivas, al igual que las enunciativas directamente vinculadas con lo dispositivo contenidas en el instrumento, se consideran verdaderas respecto de los terceros. Respecto de las meramente enunciativas sin vinculación directa, no tienen valor probatorio respecto de terceros.

3) *En Materia Penal:* El tema se encuentra regulado en el art. 477 CPP, y dispone que todo instrumento público hace plena prueba de haber sido otorgado, de su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas. Lo relevante es que va más allá que el CC porque da valor a las declaraciones de las partes y no sólo al hecho de haberse efectuado tales declaraciones.

7. La impugnación de un instrumento público. El instrumento público se encuentra amparado por una presunción de autenticidad, por lo que no se debe probar su autenticidad para usarlo en juicio. La carga de la prueba se radica en aquel que quiere desvirtuar la presunción. La presunción de autenticidad recae sobre lo siguiente:

a) Que se otorgó el instrumento público por las personas que en él aparecen;

b) Que fue otorgado o autorizado por el funcionario público que en él figura; y,

c) Que se prestaron por las partes y el funcionario, las declaraciones que en él aparecen.

Pero el hecho que el instrumento público goce de esta presunción, no implica en ningún caso que no pueda ser impugnado. De hecho, se contemplan expresamente tres causales de impugnación:

a) Nulidad: Para ser otorgado un instrumento público debe serlo por funcionario público competente y con las solemnidades legales. El incumplimiento de estos requisitos (funcionario incompetente o no cumplir con las solemnidades legales) son las causales de nulidad. No obstante, la escritura pública firmada por las partes sin vicios del consentimiento, que es declarada nula, vale

igual como instrumento privado. En el caso de los actos solemnes, el acto mismo se confunde con el instrumento público, por lo que si se obtiene la nulidad del instrumento público consecuencialmente también será nulo el acto o contrato solemne.

b) La falta de autenticidad o falsedad material del instrumento público: Interpretando a contrario sensu el art. 17 CC, un instrumento público es falso o falto de autenticidad:

- i. Cuando no ha sido realmente otorgado.
- ii. Cuando no ha sido autorizado por el funcionario público u otorgado por las personas que en él se expresan.
- iii. Cuando las declaraciones que aparecen en el instrumento no corresponden a las efectuadas por las partes.

La falta de autenticidad no es equivalente a la nulidad, toda vez que sus causales son diferentes. Por tanto es perfectamente posible tener un instrumento público que sea nulo, pero que sea auténtico. (ej: escritura pública extendida en inglés). Esto importa porque las partes deben probar la falta de autenticidad para impugnarlas. Los medios de prueba que se pueden usar para probar la nulidad del instrumento público son ilimitados, toda vez que no rigen las limitaciones de los arts. 1708 CC y 429 CPC. En cambio, para probar la falta de autenticidad, existe una gran limitación, contenida en el art. 429 CPC, establece una limitación a la testimonial para los efectos de probar la falta de autenticidad de una escritura pública (no instrumento público). Se requiere contar con cinco testigos hábiles, que den razón de sus dichos, que no esté en contradicha con otra prueba y que deben declarar o pretender acreditar que la parte que se dice haber asistido al otorgamiento de la escritura pública, el notario, o alguno de los testigos instrumentales que aparecen en la escritura pública ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los 70 días subsiguientes. Los requisitos son enormes. Esta disposición solo se aplicará cuando se trate de impugnar la escritura pública misma, pero no las declaraciones consignadas en un escritura pública auténtica: se busca la falsedad material, no la ideológica que es propia de la nulidad o simulación.

c) Falsedad en la Declaración de las Partes o Simulación: En la simulación las declaraciones se formularon, pero lo que pasa es que no corresponden a la verdad. Sin embargo, hay que tener presente que el art. 1876 CC (referente a la compraventa) dice que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción en contra de terceros poseedores. Se ha dicho por la jurisprudencia que es una norma que no está dirigida a proteger a las partes, sino a terceros. Esto importa porque las normas de la compraventa se aplican a otros contratos como la permuta y el contrato de sociedad. La limitación de este art. no dice relación con la prueba de la nulidad y falsedad material, sino con la prueba de la simulación que tiene por objeto atacar la declaración de la escritura pública que dice que el precio está pagado. Además hay que tener presente por esto que la limitación para probar esta falta de autenticidad de la declaración no rige nunca respecto de las partes, sino de los terceros poseedores.

8. Procedimiento de impugnación de un instrumento público. Los documentos pueden ser impugnados por vía principal o incidental:

a) Principal: Consiste en iniciar una acción en un procedimiento distinto de nulidad, falsedad o falta de autenticidad del instrumento público. Debiera ser juicio ordinario de mayor cuantía, toda vez que no hay procedimiento especial y el asunto no susceptible de apreciación pecuniaria.

b) Incidental: Cualquiera que sea el estado del juicio en que se acompañe el instrumento público, debe impugnarse en un plazo de tres días, generándose el incidente con la parte que impugna. Algunos sostienen que la vía incidental se puede utilizar para alegar cualquiera de las causales, en tanto que para otros, solo se puede utilizar para alegar falta de autenticidad, toda vez que las otras dos deben alegarse en juicio ordinario.

F. El Instrumento Privado.

1. Concepto. En su concepto clásico, es todo escrito que deja constancia de un hecho y que es otorgado por particulares. En su sentido moderno, la definición es esencialmente la misma, pero se cambia la palabra "escrito" por "elemento". Mucho se ha discutido si es necesario para estar en presencia de un instrumento privado, el que esté firmado. Atendiendo a los arts. 1698, 1701 y 1703 CC, la regulación de los instrumentos privados parte del presupuesto de que ellos se encuentran firmados. Sin embargo, analizando las disposiciones del CPC, dentro de él no es necesaria la firma de documento, toda vez que para tener por reconocido un documento, basta con que haya sido reconocida la letra o la firma, y no es esencial la firma. Cualquiera que sea la tesis, no cabe la menor duda que respecto de ciertos instrumentos privados es requisito de la esencia que estén firmados (ej: cheques, letras, pagarés, etc.).

2. Autenticidad. La gran diferencia con los instrumentos públicos es que éstos no están amparados por la presunción de veracidad que reviste a los primeros, y en consecuencia requieren ser reconocidos en juicio.

3. Reconocimiento. El reconocimiento de los instrumentos privados se encuentra expresamente regulado en el art. 346 CPC, el cual distingue varios casos:

a) Reconocimiento Expreso:

- i. **Artículo 346 N° 1 CPC:** Cuando así lo ha declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer.
- ii. **Artículo 346 N° 2 CPC:** Cuando igual declaración se ha hecho en instrumento público o en otro juicio diverso.

En **materia penal** sólo existe el reconocimiento expreso, pero no conforme a las normas anteriores del CPC, sino que, cuando el documento emana de la contraparte, citándolo a declarar para que preste confesión sobre eso. Si emana de un tercero, citándolo a declarar como testigo (art. 187 CPP)

b) Reconocimiento Tácito: (Artículo 346 N° 3 CPC) Cuando puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo.

c) Reconocimiento Judicial: (Artículo 346 N° 4 CPC) Cuando se produce la objeción del instrumento privado por falta de autenticidad o falta de integridad y el tribunal resuelve dicho incidente, rechazando la objeción se llega al reconocimiento judicial. El mecanismo contemplado en el CPC para acreditar la autenticidad de un instrumento privado es el **COTEJO**. Será cotejo de instrumentos, cuando se confronta un instrumento privado que se ha objetado en cuanto a su autenticidad e integridad, con otro instrumento indubitado para los efectos de comprobar su autenticidad e integridad. Será cotejo de letras cuando se confrontan dos instrumentos a fin de determinar si la letra o firma estampada en el instrumento privado es auténtica. Se hace la distinción entre estas dos clases, porque si el instrumento público carece de original, la forma en la cual se probará su autenticidad será

exclusivamente a través del cotejo de letras. El art. 352 CPC establece que se consideran como documentos indubitados para efectos del cotejo, los siguientes:

- i. Los que las partes acepten como tales, de común acuerdo;
- ii. Los no tachados de apócrifos o suplantados; y,
- iii. Los privados cuya letra o firma haya sido reconocida expresamente (por la vía del N° 1 o 2 del art. 346 CPC).

El cotejo es una prueba pericial. El tribunal designará los peritos que deben llevar a cabo la diligencia del cotejo dando aplicación a las normas de los arts. 417 a 423 CPC respecto del desarrollo de la prueba pericial. El valor probatorio de este cotejo pericial es que sirve de base para una presunción judicial. Si se genera la impugnación de autenticidad del instrumento privado, también es procedente solicitar la rendición de todos los otros medios de prueba que la ley establece.

La fecha del instrumento privado, respecto de las partes otorgantes, es la que el instrumento señala, en tanto que respecto de terceros, será sólo aquella que corresponda luego de aplicar los arts. 1703 CC y 419 COT:

- a) Fallecimiento de alguno de los otorgantes.
- b) Desde que el instrumento ha sido copiado en un registro público.
- c) Desde que conste que se ha presentado en juicio.
- d) Si se ha inventariado o tomado razón de él por parte de un funcionario competente, actuando en carácter de tal.
- e) Desde su anotación en el repertorio.

4. Valor probatorio del instrumento privado.

a. Instrumentos Privado Reconocido o mandado tener por reconocido: (art. 1702 CC) Tienen el mismo valor probatorio que un instrumento público, respecto de los que aparecen haberlo suscrito y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de estos, pero no respecto de terceros, a los cuales rige el art. 1703 CC. Si el instrumento emana de un tercero y éste lo reconoce en juicio, el documento valdrá como prueba testimonial.

b. Asientos, Registros y Papeles Domésticos: (art. 1704 CC) Son escritos en que una persona ha fijado el recuento de ciertos hechos. No requieren siquiera estar firmados y sólo hacen fe contra quien los escribió (ej: agenda)

c. Notas puestas en una Escritura: (art. 1705 CC) Hacen prueba en todo lo favorable al deudor, si la ha escrito el acreedor y la escritura ha estado siempre en poder de éste.

d. Cartas, Telegramas y Fax: Si están firmados son instrumentos privados pero con escaso valor probatorio, salvo que se trate de cartas escritas a mano.

e. Fotocopias: Pueden llegar a ser instrumentos públicos en juicio aplicando los arts. 342 N°2 y N°3 CPC.

f. Instrumento Privado en un Juicio Penal: Si emana de la contraparte y es reconocido en juicio, tiene valor probatorio de confesión. Por el contrario, si emana de un tercero y es reconocido por éste en el juicio, tiene valor de prueba testimonial (art. 187 CPP). Si se pone en duda su autenticidad y se decreta el cotejo, este constituirá una presunción de haberse firmado por quienes los peritos determinen (arts. 188 y 480 CPP).

5. Especies de instrumentos privados en el Código Civil. Dentro del CC se contempla la regulación de los siguientes instrumentos privados.

a) Los asientos, registros o papeles domésticos (art. 1704 CC): Son todos aquellos papeles, apuntes, cuentas, etc., que sin ser constitutivos de obligaciones, ni ser instrumentos privados en el verdadero sentido jurídico, por no estar destinados a actuar en la órbita de los negocios jurídicos, se caracterizan por dirigirse a la propia formación y uso privado de su dueño para llevar el curso de los negocios. A su respecto podemos decir que:

1) Sólo tiene mérito probatorio si han sido reconocidos o mandado tener por reconocidos

2) Sólo hacen fe respecto de los que lo han escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad y en la medida que quien se quiere aprovechar de ellos, no los rechace en lo desfavorable.

b) Notas escritas o firmadas (art. 1.705 CC). Este tipo de documento privado puede consistir en:

a) Una nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha permanecido en su poder; o

b) Una nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de una escritura, que se encuentra en poder del deudor.

Sólo tienen mérito probatorio si ha sido reconocida o mandada tener por reconocida y hacen fe en todo lo favorable al deudor, y en la media que el deudor no rechace lo que le fuere desfavorable

G. Contraescrituras. El Código en su art. 1.707 contempla la posibilidad de que las partes otorguen una contraescritura, sea pública o privada, para alterar lo pactado en otra escritura, también pública o privada.

1. Concepto. El concepto de contraescritura puede entenderse restringidamente, en el sentido de una simulación, esto es como una escritura que se otorga simultáneamente a otra, y que altera o modifica lo pactado en aquélla, es decir supone una simulación (Claro solar).

Pero también se puede tener un concepto más amplio de contraescritura, en el sentido de entenderlas como cualquier escritura o instrumento en el cual las partes modifiquen o alteren en todo o parte, en sus elementos esenciales o accidentales, los contratos celebrados, sea para dejarlos totalmente sin efecto, sea simplemente para introducir modificaciones substanciales o de detalle. (Alessandri).

La tendencia jurisprudencial se inclina por una interpretación amplia.

2. Valor probatorio de las contraescrituras.

a) **Entre las partes:** producen pleno efecto (art. 1.545 CC). Por ello prevalece la contraescritura a la escritura, por simple aplicación del art. 428 CPC, pues parece más conforme con la verdad la contraescritura que la escritura.

b) **Respecto de terceros:** Como regla general, las contraescrituras privadas no producen efecto *contra* terceros, así lo dispone el art. 1.707, inciso 1° del CC.

Las contraescrituras públicas tampoco producen efecto, a menos que se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado (copia) a cuya virtud ha obrado el tercero. No obstante, si bien es cierto que los

terceros no pueden ser afectados por la contraescritura, ello no importa que éstos no puedan aprovecharse de ella. Haciéndola valer en el caso que pueda producir efectos a su favor.

II.- LA PRUEBA CONFESIONAL.

A. Generalidades.

1. Concepto. *"Es el reconocimiento expreso o tácito que hace una de las partes del proceso en su perjuicio, respecto de hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos."* Se trata de un medio de prueba circunstancial, generalmente indivisible e irrevocable, judicial o extrajudicial, espontáneo o provocado y que puede llegar a constituir plena prueba.

2. Requisitos. Los elementos que deben concurrir para que nos encontremos en presencia de la confesión son:

a) La confesión es un acto jurídico procesal unilateral, exento de vicios, y que emana de una parte del proceso que posee capacidad para materializarlo dentro de él. En el CPC, respecto de la confesión como acto jurídico procesal, solo se trata al error como vicio del consentimiento; las partes pueden retractarse de su confesión personal si invocan para ello la existencia de un error de hecho (art. 402 CPC). Sin embargo, no habría problema para atacar la validez del acto en invocar cualquiera de las otras causales de nulidad.

En materia penal en cambio, el legislador es más minucioso, estableciendo que la fuerza es el principal vicio, principalmente por razones históricas (ordalías, torturas, violencia usada para obtener la confesión, etc.) La confesión debe ser prestada libre y conscientemente. Al reo no se le puede interrogar mucho tiempo, ni hacerle preguntas capciosas o inductivas. También se contempla el error para efectos de retractarse de la confesión, y el dolo al establecer la prohibición de tomar la confesión, haciendo promesas o amenazas, así como preguntas capciosas o inductivas en que el reo confiese sobre hechos que no cometió.

b) El reconocimiento debe recaer sobre hechos precisos y determinados, que sean trascendentes para la resolución del conflicto.

c) La confesión debe recaer respecto de hechos que sean desfavorables para la parte que formula la declaración.

d) La declaración debe ser formulada con la intención consciente y dirigida del confesante en reconocer un determinado hecho que le perjudica y favorece al contendor

3. Limitaciones a la admisibilidad de la confesión como medio de prueba.

La regla general es que la confesión se admite como medio de prueba para acreditar todos los hechos que configuran un conflicto, a menos que exista una disposición legal que la excluya como medio de prueba. Esos casos son:

a) La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad (art. 1701 CC).

b) No se admite la confesión para probar una causal de divorcio perpetuo o de nulidad de matrimonio, puesto que ello importaría admitir el divorcio o la nulidad por mutuo consentimiento.

c) En los juicios de separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido, la confesión de éste no hace prueba (art. 157 CC).

d) No se admite el testimonio de la madre que en el juicio sobre legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio (art. 188 inc. 3 CC)

e) La declaración de unos de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa perteneciente a la sociedad conyugal, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán como suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento (art. 1739 inc 2 CC).

f) La confesión extrajudicial verbal sólo se debe tomar en cuenta en los casos en que es admisible la prueba de testigos (art. 398 CPC).

4. Clasificación de la confesión:

a) Según ante quién se preste:

- i. Judicial: Si se presta ante un tribunal, aun cuando este fuere incompetente, no fuere el tribunal de la causa o estuviere conociendo por la vía de competencia delegada o exhorto.
- ii. Extrajudicial: Cuando se presta fuera de un órgano jurisdiccional.

b) Según cómo se genera:

- i. Espontánea: sin requerimiento previo de parte ni del tribunal.
- ii. Provocada: Previo requerimiento.

c) Según cómo se verifica:

- i. Expresa: Reconoce los hechos en forma directa y categórica.
- ii. Tácita: Se entiende confeso por disposición legal.

d) Según cómo se expresa: Verbal o escrita.

e) Según su contenido:

- i. Simple: Se limita a reconocer un hecho.
- ii. Calificada: Reconoce el hecho y le agrega una circunstancia que altera su naturaleza jurídica.
- iii. Compleja: Es confesión compleja de primer grado cuando reconoce varios hechos pero inconexos entre sí, y de segundo grado cuando los hechos adicionales son vinculados y modificativos del hecho confesado o reconocido.

f) Según su divisibilidad: Divisible e indivisible.

g) Según la iniciativa: De parte y del tribunal.

h) Según su finalidad: Prejudicial preparatoria, prejudicial probatoria, medio de prueba, medida para mejor resolver o gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

B. La confesión judicial.

La absolución de posiciones es la confesión judicial, que se presta durante la tramitación del procedimiento, ya sea ante el tribunal de la causa, ante uno exhortado o ante un cónsul con facultades delegadas.

Si la confesión judicial es *espontánea*, no tiene ninguna regulación especial, toda vez que se trata fundamentalmente de los hechos y circunstancias que se afirman o reconocen en los escritos del período de discusión. En cambio, si se trata de la *confesión provocada*, existen una serie de normas aplicables:

- a) Puede absolver tanto la parte personalmente, como el mandatario con facultades especiales, salvo sobre hechos personales.
- b) Se presenta una solicitud, acompañada de un sobre cerrado en el cual se contienen las "posiciones" o preguntas al tenor de las cuales deberá absolver o confesar la contraparte.
- c) El tribunal provee la solicitud, ordenando la custodia del sobre y citando a una audiencia, normalmente para el 5° día hábil siguiente a la notificación por cédula (art. 48 CPC). La notificación se practica al mandatario, quien debe arbitrar para que comparezca su mandante.

- d) El absolvente debe comparecer, salvo que se encuentre en alguna de las circunstancias de excepción contempladas en el art. 389 CPC. En estos casos, el juez debe trasladarse al domicilio a tomar la prueba.
 - iii. Autoridades políticas, judiciales y eclesiásticas.
 - iv. Enfermos o impedidos de comparecer por razones calificadas.
 - v. Las mujeres, cuando el tribunal estime prudente eximir las de comparecer.
- e) La prueba debe tomarla el Juez, aunque puede delegar en el Secretario, salvo que el solicitante haya solicitado que se preste ante el tribunal (art. 389 inciso final CPC)
- f) Si el citado no comparece, se lo cita por una segunda vez, bajo el apercibimiento de que si no concurre a la segunda citación, o si concurriendo se niega a declarar o da respuestas evasivas, se lo tendrá por confeso de todos los hechos categóricamente afirmados en el pliego de posiciones (art. 394 CPC). Si los hechos no están categóricamente afirmados, el tribunal puede imponer multa o arrestos al citado, sin perjuicio de exigirle la declaración.
- g) Si comparece el absolvente, se le toma juramento en los mismos términos que en la prueba testimonial, luego se abre el sobre y comienza la interrogación.

Todo litigante tiene derecho a presenciar la declaración del contendor, y aclarar, explicar o ampliar las preguntas. Por su parte el abogado del absolvente, puede objetar las preguntas, surgiendo tantos incidentes como objeciones, siendo plenamente aplicable el art. 88 CPC.

C. Valor Probatorio de la Confesión:

Sobre los hechos personales, constituye plena prueba que no admite prueba en contra. Sobre los hechos de terceros también constituyen plena prueba pero si admiten prueba en contra. (art 1713 CC).

A) La confesión extrajudicial:

1) Si es **verbal**, puede aceptarse como base de presunción judicial, si es admisible la prueba de testigos. art. 398 “ La confesión extrajudicial es sólo base de presunción judicial, y no se tomará en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos”.

La confesión extrajudicial que se haya prestado a presencia de la parte que la invoca, o ante el juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. La misma regla se aplicará a la confesión prestada en otro juicio diverso; pero si éste se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así.

2) **Si se ha prestado ante la parte que la invoca o ante juez incompetente o ante un juicio distinto, constituye presunción grave para acreditar los hechos confesados.** *“La confesión extrajudicial que se haya prestado a presencia de la parte que la invoca, o ante el juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. La misma regla se aplicará a la confesión prestada en otro juicio diverso; pero si éste se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así.”* (cfr. art. 398 CPC).

3) En consecuencia, en un juicio distinto seguido ante las mismas partes, podría ser plena prueba habiendo méritos poderosos para determinarlo así el juez (cfr. art. 398 *fine* CPC)).

B) La confesión judicial: Art. 399 CPC “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de la confesión judicial en conformidad a lo que establece el artículo 1713 del Código Civil y demás disposiciones legales. Si los hechos confesados no son personales del confesante o de la persona a quien representa, producirá también prueba la confesión”. *El art 1713 CC: establece “La confesión*

que alguno hiciere por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante, y relativo a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendido en el art 1701, inciso 1° y los demás que las leyes exceptúen”

En consecuencia, si la confesión **es expresa**, si es y recae sobre hechos personales, constituye plena prueba, sobre hechos de terceros es plena prueba, pero admite prueba en contra; y si es **tácita**, se tendrá por probado todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados de forma asertiva (cfr. art. Art. 400 CPC “La confesión tácita o presunta que establece el artículo 394, producirá los mismos efectos que la confesión expresa”).

En materia penal, la confesión del procesado sólo sirve para comprobar su participación, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: (**art. 481 CPP**)

- a) Prestada ante el Juez de la causa, incluso ante el incompetente que se encuentra realizando las primeras diligencias del sumario;
- b) Prestada libre y conscientemente;
- c) Que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendidas las condiciones personales del sujeto; y,
- d) Que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado por otros medios y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquel.

De lo contrario, y fundamentalmente en el caso de la confesión extrajudicial, esta sólo constituye una presunción más o menos grave. Finalmente, un punto sumamente relevante es que, a diferencia de en materia civil, el silencio del procesado no puede en caso alguno considerarse como confesión. (art. 484 CPP)

D. Divisibilidad y revocabilidad de la confesión: La confesión es un medio de prueba generalmente indivisible e irrevocable. No obstante, tiene excepciones:

a) Divisibilidad: Conforme a lo dispuesto por el art. 401 CPC, la confesión podrá dividirse, solo cuando se trate de una confesión compleja. Dividir significa separar los hechos confesados, con el objeto de desacreditar alguno de ellos (art. 401 CPC).

b) Revocación: La regla general es la irrevocabilidad de la confesión. Sin embargo, si el absolvente alega error de hecho, puede lograr revocar su confesión. Debe probarse el error (art. 402 incisos 2° y 3° CPC)

E. Paralelo entre la Confesión Provocada en Materia Civil y Penal:

a) Obligación de comparecer a prestar la declaración a través de la absolución de posiciones: En materia civil la confesión judicial provocada es una obligación, asociada a una sanción, cual es la confesión ficta. En materia penal en cambio, se han ido descartando todos los mecanismos en los cuales se entendía que el gran medio de prueba era la confesión del inculpado. Las declaraciones del inculpado ante el juez penal están enfocadas a que el inculpado se defienda, que sea oído. La declaración indagatoria es para que el juez escuche al inculpado antes de someterlo a proceso, para buscar en lo posible su inocencia. Por tanto, nadie puede ser obligado a declarar ni menos a auto - inculminarse. Puede no declarar si quiere y jamás habrá confesión ficta en el proceso penal.

b) **Confesión a través de mandatario:** En materia civil eventualmente se podría confesar a través de mandatario judicial (con facultades suficientes), mientras que en materia penal nunca, toda vez que las declaraciones del reo son personalísimas.

III.- LA PRUEBA TESTIMONIAL.

1. **Concepto:** *"Los testigos son terceros indiferentes al proceso, que declaran bajo juramento, sobre hechos de los que tienen conocimiento y que son controvertidos en la contienda en que depone."* A partir de este concepto, podemos desglosar sus elementos esenciales:

- a) Tercero Indiferente al Proceso (jamás puede ser testigo una parte interesada)
- b) Declara acerca de hechos precisos y determinados. No pueden declarar sobre cuestiones de derecho.
- c) Declaran sobre lo que ellos han percibido, personalmente o a través del dicho de terceros. Los testigos no opinan ni piensan, todo lo que tenga relación con emitir un juicio está reservado a los peritos. Los testigos se limitan a exteriorizar lo que está grabado en su memoria y además dar razón de sus dichos.

2. **Características:**

- a) **Es un medio preconstituido.**
- b) **Puede producir plena prueba o prueba semi - plena.**
- c) **Eminentemente Formalista:** En el CPP es aún más formalista. Esta formalidad se contempla por el legislador, regulando hasta el más mínimo detalle, todo lo referente a la prueba, oportunidad y requisitos de la lista de testigos, oportunidad de rendición, manera de determinar el valor probatorio, personas hábiles para declarar como testigos, las tachas, etc.
- d) **Rige el Principio Formativo de la Inmediación:** En relación con el contacto con el juez (art. 365 CPC y 205 CPP). En la práctica se aplica el principio de mediación, ya que el juez no presencia ni toma la prueba en el 98% de los casos. Esto ocurre debido a la sobrecarga de trabajo en cuanto a la proporción entre casos y tribunales disponibles.
- e) **Es indirecto.**
- f) **Se pondera según la calidad del testigo.**
- g) **Carece de Valor Suficiente:** Del análisis de las diversas disposiciones del código al respecto, podemos deducir con cierta certeza que don Andrés Bello desconfiaba de la prueba testimonial, y confió mucho más en la escrituración. Esta desconfianza se debe a muchas causas, pero fundamentalmente a las siguientes:
 - i. Falsedad habitual;
 - ii. Por el alto margen de error en la percepción de los hechos, no necesariamente por mala fe, sino por fallas que se producen en el proceso psicológico que importan en todo testimonio (exceso de subjetividad); y,
 - iii. Falta de cultura cívica de la ciudadanía.

3. **Clasificación de los Testigos:**

- a) **En cuanto a su capacidad para declarar en juicio:**
 - i. Hábiles: Todos aquellos a quienes la ley no declara inhábiles.

- ii. **Inhábiles:** Aquellos afectados por alguna causal de inhabilidad, ya sea absoluta (art. 357 CPC) o relativa (art. 358 CPC) o inhabilidad penal, la cual no distingue (art. 460 CPP).

No basta con que el testigo esté afectado por una causal de inhabilidad para que no pueda declarar. Para que se declare su inhabilidad es necesario por regla general que se alegue de dicha inhabilidad por la parte en contra de la cual se pretende usar el testigo. Esto se hace a través de la **TACHA**. Excepcionalmente el tribunal puede de oficio impedir la declaración de los testigos que estén afectos de una inhabilidad absoluta notoria. Esto no impide que el testigo declare, porque las tachas se fallan en la sentencia definitiva. En doctrina existe otra opción, en virtud de la cual, todos los testigos son hábiles y que debe ser el juez quien determinará el valor probatorio de la prueba, con ciertas limitaciones obvias:

b) En cuanto a como conocieron los hechos:

- i. **Presenciales:** Física y mentalmente presentes en el momento en que acaecieron los hechos y los percibieron directamente por sus sentidos. Son los que tienen un mayor valor probatorio.
- ii. **De Oídas:** Conocieron los hechos por el dicho de las partes o terceros.
- iii. **Instrumentales:** Presentes al momento de firmarse un documento para certificar la exactitud del documento y la veracidad de la firma. Aún se usan en materia testamentaria.

c) En cuanto a su calidad respecto de los hechos:

- i. **Contestes:** Están de acuerdo en el hecho declarado y en sus circunstancias esenciales. Cuando se habla de contestes, se esta haciendo referencia a la comparación de las declaraciones de dos o más testigos. No existe un solo testigo conteste, porque no tiene con que estar conteste.
- ii. **Singulares:** Están de acuerdo en el hecho pero difieren acerca de las circunstancias esenciales que lo rodearon. Esto involucra tres tipos de circunstancias:
 - **Diversificativa:** Declaran sobre hechos diversos no excluyentes entre sí.
 - **Acumulativa:** Cuando se quiere hacer una reconstrucción histórica.
 - **Impeditiva u Obstativa:** Los testigos están en contraposición a lo que han declarado entre si respecto de las circunstancias esenciales que rodearon al hecho esencial.

4. Limitaciones a la Prueba Testimonial: En nuestro país, la prueba testifical tiene una gran limitación, consagrada en el art. 1708 CC, el cual establece perentoriamente que *"no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito"*. A su vez, el art. 1709 CC, enuncia los casos en los cuales la obligación debe constar por escrito:

- a) Acto o contrato que contenga la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de 2 UTM.
- b) Cuando se demande una cosa que valga menos de 2 UTM, pero se declare que lo que se demanda es parte de un crédito que debió haberse consignado por escrito.
- c) Adiciones o alteraciones a un acto o contrato, o negociaciones anteriores, coetáneas o inclusive posteriores al acto.
- d) Actos en que el instrumento público es la solemnidad.

En todos los casos precedentemente enunciados, no es admisible la prueba de testigos, careciendo ésta de todo valor probatorio. No obstante, existen ciertas circunstancias de excepción que autorizan el uso y dan fuerza a la prueba testifical, aún respecto de los actos antes referidos (art. 1711 CC):

- a) Cuando exista un principio de prueba por escrito, entendido como cualquier acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.
 - b) Imposibilidad de obtener prueba escrita, ya sea que se trate de imposibilidad física o moral.
 - c) Casos en que la ley lo permite expresamente:
 - i. **Artículo 2175 CC:** Prueba del Contrato de Comodato.
 - ii. **Artículo 2237 CC:** Prueba del Contrato de Depósito Necesario.
5. **La Iniciativa de la Prueba Testimonial:** Puede ser tanto de parte, como de iniciativa oficial.
- a) **De Parte:** Puede solicitarse como medida prejudicial probatoria, o durante todo el curso del juicio.
 - b) **Del Tribunal:** A través de las medidas para mejor resolver, pero solamente puede llamar a testigos que ya declararon en el juicio, y exclusivamente para que clarifiquen dichos oscuros o contradictorios de sus declaraciones.
6. **Oportunidad de la Prueba Testimonial:**
- a) **Antes del Procedimiento:** A través de las medidas prejudiciales probatorias contemplada en los números 1 y 5 del art. 273 CPC.
 - b) **Durante el Procedimiento:** Hay que distinguir entre el ofrecimiento de la prueba y la rendición de la misma:
 - i. Ofrecimiento: Se manifiesta mediante la presentación de la lista de testigos y la minuta de interrogatorio dentro del plazo previsto por el legislador en cada procedimiento. La oportunidad depende del procedimiento:
 - a) **Juicio Ordinario:** 5 primeros días del término probatorio.
 - b) **Incidentes:** 2 primeros días del término probatorio.
 - c) **Juicio Sumario:** 2 primeros días del término probatorio.
 - d) **Juicio Ejecutivo:** 5 primeros días del término probatorio.
 - ii. Rendición: Se determina en la audiencia que haya determinado el juez, dentro del término probatorio, que es fatal. Si no se llevan en el día fijado (a los testigos), la prueba es nula.
 - c) **Después de la Oportunidad Procesal:** Como medida para mejor resolver, el tribunal determinará que documentos se acompañarán.
 - d) **En Segunda Instancia:** En materia civil, rige el art. 207 CPC, conforme al cual deben reunirse una serie de requisitos (casi imposible) para que la prueba testimonial sea admisible en segunda instancia:
 - i. Decretarse como medida para mejor resolver, lo cual elimina la iniciativa de parte y hace que se examinen después de la vista de la causa.
 - ii. Debe recaer sobre hechos que no figuren en la prueba rendida en autos.
 - iii. Es preciso que no se haya podido rendir prueba testimonial en primera instancia.
 - iv. Que los hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio.
 - e) **En Materia Penal:** En cuanto a la oportunidad de ofrecimiento de la testimonial, hay que distinguir entre el sumario y el plenario criminal por los principios formativos de cada uno en el Sumario opera el principio inquisitivo sin limitación, por lo que no existe una oportunidad expresamente establecida. En el Plenario en cambio, opera el principio dispositivo, por lo cual se debe ofrecer la prueba en los escritos principales del período de discusión. Solo pueden declarar hasta seis testigos por hecho. Además existe la posibilidad del tribunal de

decretar esta prueba como medida para mejor resolver sin la limitación que existe en civil de que se trate de testigos que ya hayan declarado (arts. 499 CPP)

7. Obligaciones de los Testigos:

a) Comparecer: Consiste en concurrir ante el tribunal, a la audiencia que este haya fijado para que se preste la declaración. La obligación de concurrir a declarar pesa sobre el testigo, siempre que esté en el territorio jurisdiccional del tribunal, ya que de lo contrario queda liberado y puede limitarse a declarar por exhorto. En materia penal se mantiene este principio como regla general, pero excepcionalmente, respecto de testigos que residan en un lugar diverso al territorio jurisdiccional pero dentro de Chile, puede el juez citarlos a declarar ante él (art. 198 CPP). Por regla general todas las personas están obligadas a comparecer ante el tribunal, lo cual no significa obligación de declarar, pero existen ciertas excepciones (art. 361 CPC):

- i. Autoridades políticas, judiciales, militares y eclesiásticos. Declaran por medio de informes, y además, en ciertos casos, deben contar con permiso previo, según el inciso 1° del art. 362 CPC.
- ii. Las personas que gozan en el país de inmunidades diplomáticas. Tienen una prerrogativa superior a las anteriores, ya que no sólo no es obligatorio comparecer al tribunal, sino que además es voluntario para ellas declarar. También declaran por informes, y al igual que respecto de los del número 1°, hay que fijarse si han escrito que declaran bajo juramento o no. Si no se prestó el juramento, la declaración es nula.
- iii. Los religiosos, incluso los novicios.
- iv. Mujeres embarazadas: El Código habla de las mujeres, siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia.
- v. Los que por enfermedad u otro impedimento, calificado por el tribunal, se hallen en la imposibilidad de hacerlo. Estos últimos tres numerales tienen normas comunes, en cuanto a que declaran en su morada o domicilio, en la forma establecida en los arts. 365 a 368 CPC. El juez debe ir a la casa del testigo, junto con el secretario, el receptor, y el abogado de la contraparte si este va a interrogar.

En materia penal se da la misma situación, solo cambian los números (art. 199 CPP) En materia penal el testigo tiene una obligación de mayor permanencia que el testigo civil, pues hay una vinculación del testigo al proceso. El legislador, en el proceso penal, contempla que el testigo le debe comunicar al tribunal todo cambio de morada que haga dentro de los cuatro meses siguientes a prestar la declaración, y tiene que volver a prestar declaración en cualquier momento que el tribunal lo ordene.

b) Declarar: (arts. 359 CPC y 189 CPP). La regla general es que todos están obligados a declarar. El art. 360 CPC señala los casos en que un sujeto no está obligado a declarar, independientemente de que esté o no obligado a concurrir. Las razones de exención de declarar son básicamente tres:

i. Secreto Profesional: El secreto profesional implica no revelar nada a nadie. Se viola por el solo hecho de decirle a alguien en la forma en que se contó, por ser la principal garantía entre el profesional y el cliente. Por lo mismo nadie puede hacer que el abogado viole su secreto profesional. La obligación del secreto cubre toda plática entre profesional y cliente, así como las confidencias de colegas, y no se puede usar nada de lo que sabe para provecho del cliente o provecho propio. El secreto profesional se extingue cuando se es demandado por un cliente o la contraparte, puede hablar haciéndolo para su propia defensa. Cuando el cliente le confiesa que cometerá un delito, debe hablar para evitar el delito y proteger a personas en peligro.

ii. Parentesco: Específicamente los N°s 1, 2 y 3 del art. 358 CPC. El parentesco también puede jugar cuando la abstención de declarar va en perjuicio de un pariente, ya que se deberá tachar al testigo por inhabilidad.

iii. Autoinculpación o inculpación de pariente: Se refiere a que no hay obligación de declarar si es para perjudicarse a si mismo o a un pariente.

c) Decir la Verdad: Se asegura esta obligación a través del juramento (art. 363 CPC). Se jura por Dios, a pesar que hoy la Constitución asegura la libertad de culto. Toda deposición prestada sin previo juramento es nula, salvo los casos exceptuados por la ley. Aun más, los arts. 206 a 208 CP, establecen los tipos penales de perjurio por no decir la verdad, distinguiendo entre las causas civiles y las criminales. No es lo mismo hacer una declaración falsa que una equivocada. Si bien en ambos casos hay un alejamiento de la realidad, solo la declaración falsa es causal de perjurio, toda vez que se debe probar la intención del testigo de faltar a la verdad.

8. Derechos de los Testigos: Tanto en materia civil como penal, los testigos tienen algunos derechos, los cuales prácticamente no tienen aplicación:

a) Que se les cite para un día preciso y determinado para prestar su declaración: Normalmente no se cumple porque los tribunales no fijan audiencias probatorias para días fijos y determinados: dicen que son los 2 últimos días del término probatorio, lo cual es variable. En penal es aún más incierto, toda vez que se cita "a primera audiencia", lo cual es el primer día que pueda.

b) Que quien lo presente le pague los gastos que importa su comparecencia: Esto lo establece el art. 381 CPC. Se refiere a gastos de movilización, el día de salario que pierde por ir a declarar, etc. En la práctica esto no se da.

c) Derechos en Materia Penal:

i. Exigir reserva de su identidad respecto de terceros hasta el término del sumario criminal. Establecido por la Ley N° 19.077, tiene por objeto proteger a los testigos durante la etapa de investigación.

ii. Requerir al tribunal, en casos graves y calificados, que se dispongan medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo.

9. Capacidad de los Testigos: La regla general es que toda persona es capaz para declarar en juicio (art. 356 CPC). No obstante, en materia civil se contemplan dos clases de inhabilidades:

a) Absolutas: (art. 357 CPC) Son absolutas porque afectan al testigo respecto de cualquier proceso. Las causales contenidas en los N°s 1 al 5 de dicha norma, se refieren a la falta de capacidad para apreciar o deponer los hechos, mientras que aquellas establecidas entre el 6 y el 9, se refieren a la duda acerca de la buena fe u honestidad y credibilidad de las personas de las personas que declaran.

b) Relativas: (art. 358 CPC) Los tres primeros números son casos de parentesco o relaciones de dependencia familiar. Los numerales 4 y 5 se refieren a relaciones de dependencia laboral. El número 6 contempla como causal el interés pecuniario del testigo en los resultados del juicio. Finalmente se establece la amistad o enemistad con las partes del juicio, lo cual tiene la particularidad de que debe ser manifestado a través de hechos graves, o de lo contrario no es posible configurar la causal.

La distinción entre inhabilidades absolutas y relativas, no importa para efectos probatorios, sino para otras cosas:

- a) Para la actitud que puede asumir el tribunal frente a un testigo afectado por un inhabilidad. Los jueces sólo pueden repeler de oficio a los testigos que se encuentren notoriamente afectados por una causal de inhabilidad absoluta. Nunca pueden repeler de oficio la declaración de un testigo afectado por inhabilidad relativa, salvo que se alegue la tacha respectiva, y aún en ese caso deben permitir la declaración.
- b) Las inhabilidades absolutas son irrenunciables por las partes. Las relativas no, y podremos estar en presencia de una renuncia expresa, o tácita, esta última, cuando no se formula la tacha dentro de la oportunidad legal.
- c) Las absolutas no se purgan, las relativas si (art. 358 inciso final CPC).

Las inhabilidades se hacen valer por medio de las **TACHAS**, las cuales corresponden a la parte que no ha presentado el testigo. Para formular la tacha, es preciso distinguir si el testigo se encuentra en la lista de testigos o no:

- a) Si se encuentra incluido en la lista de testigos, la tacha se puede formular hasta antes de que presten su declaración.
- b) Si no se encuentra incluido, la tacha se puede formular dentro de los tres días subsiguientes a que hubiere prestado la declaración.

En la práctica, se tachan cuando el testigo se presenta a la audiencia y no antes. Se le hacen preguntas de tacha al testigo por la parte que no lo presenta, para ver si está afecto o no a las causales de inhabilidad, después de que prestó juramento y antes de que se le tome la declaración. Si se configura una causal de inhabilidad, se debe formular la tacha verbalmente en el comparendo, porque sino el testigo empezará a prestar declaración, y precluirá el derecho de tacharlo.

En materia penal, la oportunidad para formular las tachas es diferente. Respecto de los testigos que declaran en el sumario, las tachas se hacen valer en los escritos principales del período de discusión del plenario criminal, en tanto que respecto de aquellos testigos mencionados en la lista adjunta a los escritos de acusación o contestación a la contestación, las tachas se formulan por escrito dentro de los primeros cinco días del término probatorio.

Formulación de la Tacha: Se tiene que formular invocando alguna de las causales de inhabilidad señalando con claridad y precisión los hechos que la configuran. Si se formula la tacha, esto no impide que el testigo preste declaración, aunque quien lo ha presentado tiene la opción de retirarlo y reemplazarlo por otro de la lista. Las tachas se tramitan como incidentes que son susceptibles de recibirse a prueba, la cual se rinde dentro del término probatorio, ampliables por diez días más si es insuficiente (art. 376 CPC) Se puede presentar prueba testimonial para acreditar una tacha, pero no su puede presentar testimonial para tachar un testigo de tacha. En cuanto a la resolución de la tacha, el tribunal tiene dos alternativas:

- a) Acoger y resolverla de oficio si el testigo adolece de inhabilidad absoluta y notoria, antes que declare.
- b) La regla general en los procedimientos civil y penal es que se resuelvan en la sentencia definitiva. Se resuelven en ella pero la resolución que las falla no es sentencia definitiva, sino interlocutoria.

10. Procedimiento Para Rendir Prueba Testimonial: Es preciso seguir una serie de pasos o secuencia lógica establecida por el legislador:

- a) **Lista de Testigos:** Dentro de los primeros cinco días del término probatorio, cada parte deberá acompañar una nomina, indicando el nombre, profesión y domicilio de las personas a quienes pretenda presentar como testigos (arts. 320 inciso 2° y 372 inciso 2° CPC) Ya vimos que en otros procedimientos el plazo varía.
- b) **Nómina o Minuta de Interrogatorio:** En teoría, junto con la lista de testigos debe acompañarse el listado de las preguntas que se quieren hacer al testigo. En la práctica sólo se hace a veces, y nada más que para facilitar el interrogatorio, ya que si no se presenta, los testigos igual pueden ser interrogados, al tenor de los hechos contenidos en el auto de prueba.
- c) **Citación:** Normalmente los testigos se encargan de llevarlos a declarar la propia parte que los presenta. Pero en ciertos casos no existe contacto con el testigo cuya presencia se requiere, o este se rehúsa a comparecer. En estos casos, sin perjuicio de que pueda usarse en los otros, procede la citación judicial de los testigos, la cual se efectúa por cédula. Sólo la no concurrencia de un testigo que ha sido citado judicialmente, habilita a la parte para solicitar el otorgamiento de término especial de prueba.
- d) **La Audiencia:** Normalmente, en el propio auto de prueba, el tribunal fija las audiencias para recibir la prueba testimonial. Los testigos deberán declarar ante el juez cuando estén en el territorio de su domicilio, o sino por exhorto. En la práctica es el receptor quien toma la declaración.
- e) **El Juramento:** Lo toma el receptor como ministro de fe, según la fórmula del art. 363 CPC, siendo este juramento requisito esencial para la validez de la prueba.
- f) **El Interrogatorio:**
- i. Los testigos son interrogados en forma separada y sucesiva, primero los del demandante y luego los del demandado. El tribunal debe tomar resguardos para que los testigos no se comuniquen con los que no han declarado.
 - ii. Todos los testigos de la misma parte deben ser interrogados en la misma audiencia. En la práctica el tribunal y los abogados se preocupan de que los testigos que declararon en la misma audiencia no se contacten con los que no han declarado. Para evitar el contacto, se le pide al tribunal que autorice al testigo que ya declaró, que firmada su declaración se retire.
 - iii. No se puede interrumpir la declaración sino por causas graves y urgentes (art. 368 CPC).
 - iv. El testigo debe llevar su cédula de identidad para que así conste que estaba incluido en la lista de testigos.
 - v. Efectuado el juramento, la parte contraria a la que presenta al testigo, tiene derecho a formular preguntas sobre tachas. Todas las preguntas se hacen a través del juez o ministro de fe. Si la otra parte se opone, el juez resuelve si la pregunta se hace o no. Las tachas son para demostrar que el testigo está afecto a alguna causal de inhabilidad.
 - vi. El testigo es interrogado por el juez, tanto en las preguntas de tacha como en las de fondo. Si el tribunal es colegiado, interroga uno de los ministros del tribunal, en presencia de los abogados de las partes si concurren al acto. En la práctica las preguntas las hace el receptor.
 - vii. Las preguntas deben ser claras y precisas y el testigo debe contestar de igual forma señalando como le constan los hechos contenidos en su respuesta. No puede llevar escrita su declaración.
 - viii. Concluidas las preguntas para tacha, la parte que las formuló debe decidir si alega la tacha o no. Si no lo hace, precluye su derecho. De la tacha se debe conferir traslado a la

otra parte quien debe evacuar el traslado en ese mismo acto. La otra parte podrá formular sus razones de por qué el testigo no es inhábil, o retirarlo, con lo cual no se considerará en el máximo de testigos por hecho. Evacuado el traslado de tacha, se deja su resolución normalmente para la sentencia definitiva y se procede a tomarle declaración al testigo.

- ix. Concluidas las tachas, comienza el interrogatorio de fondo sobre los puntos de prueba que se hubieren fijado. En el Juicio Ordinario, existe una limitación de no poder presentar a declarar más de 6 testigos por cada parte respecto de cada hecho controvertido (4 en juicios posesorios, 2 en laborales, 4 en menores, 4 en policía local, etc.)
- x. Concluidas las preguntas, existe el derecho para la parte que presenta al testigo de formular las repreguntas. Concluidas las repreguntas, la parte que no presenta al testigo tiene derecho a formular contrainterrogaciones. En ambos casos, la parte que no está preguntando, tiene el derecho de oponerse a las preguntas, por ser éstas:
 - **Impertinente** (la pregunta no dice relación con los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos)
 - **Inductiva** (conduce al testigo a ratificar los hechos aseverados en la pregunta formulada). Esta oposición se tramita como incidente y se dará traslado a la otra parte la cual puede insistir en la pregunta y solicitar que se rechace la oposición, o retirar la pregunta. Para evitar la repetición de esta situación, es aplicable el art. 88 CPC.
- xi. Terminada la declaración del testigo se levanta acta de las declaraciones, firmada por los testigos, el tribunal y los abogados que hubieren asistido a la audiencia, y autorizada por el receptor u otro ministro de fe (art. 370 CPC).

11. Las sucesivas operaciones mentales que conforman el testimonio y las principales causas de error en éste. El proceso psicológico de percepción de los hechos se compone fundamentalmente de cuatro etapas, cuales son la sensación, la percepción, la fijación o memorización, y la exteriorización o deposición. Cada una de estas está expuesta a errores.

- a) **La Sensación:** Los sentidos reciben una impresión y la transmiten al cerebro. Todas las sensaciones se perciben a través de los sentidos, de cualquiera de ellos, pero hay que analizar el grado de confiabilidad de cada uno:
 - i. Tacto: Cuando no está controlado por la vista, es la principal fuente de error. Excepción a esto son las personas que por necesidad tienen entrenamiento sensorial en este sentido, como los ciegos.
 - ii. Olfato y Gusto: Ambos pueden ser claramente autosugeridos. Por otra parte normalmente están pervertidos a consecuencia de enfermedades o vicios.
 - iii. Oído: Tiene valor intermedio entre el tacto y el olfato/gusto pero de menor calidad que la vista ("un solo ojo tiene más crédito que 2 orejas.") Se puede percibir a través de la audición sonidos o ruidos, y palabras. La percepción auditiva de sonidos es mucho menos clara y más subjetiva que la de las palabras. Respecto de la percepción de las palabras, se dice que generalmente le es imposible a un testigo repetir en los mismos términos, las palabras oídas aunque haya puesto en ello toda la atención. Lo que retiene es el sentido de las palabras. Además aquí también existe la autosugestión.
 - iv. Vista: El sentido menos imperfecto para percibir los hechos. Sin embargo las imágenes visuales están muy lejos de ser reproducciones fotográficas. Hay que desconfiar incluso de los testigos oculares. Se ha comprobado que bajo la acción de un mismo estímulo aquellos se determinan más livianamente en un individuo que en otro.

b) **La Percepción:** Para estar en este campo, la impresión sensorial debe penetrar en el campo de la conciencia, y ahí ser identificada y reconocida. Su valor se pondera en función de condiciones objetivas y subjetivas:

i. Condiciones Objetivas:

- **Tiempo:** El instante en el cual se ha podido percibir el hecho. Mientras menos sea la exposición del hecho, menos se puede percibir.

- **Lugar:** A mayor distancia, menor chance de percibir el hecho y viceversa.

- **Iluminación:** De día es más fácil percibir un hecho que de noche.

ii. Condiciones Subjetivas: Dependen de cada testigo:

- **Atención:** Hay que prestar atención para percibir el hecho con detalle.

- **Emoción:** Mientras más esté expuesto el sujeto a una situación emocional, menos atención pone al hecho.

- **Integridad Cerebral:** El sujeto cuando percibe el hecho debe estar en la plenitud de sus condiciones.

Solo una mínima parte de las impresiones sensoriales penetran en la conciencia y la gran mayoría penetran en el inconsciente o subconsciente. Así, hay un potencial de ser testigo, que muchas veces no se puede usar.

c) **La Memorización o Fijación del Hecho:** Un hecho ha sido memorizado cuando la sensación transformada en imagen se graba en la memoria. Los principales factores que pueden alterar la memoria son:

i. El tiempo: La memoria de un hecho disminuye en función del tiempo mismo.

ii. La Sugestión: Puede ser individual, colectiva, o por influencia de declaraciones anteriores. Para evitar esto, se impide que los testigos presencien la declaración de otros testigos.

iii. La Memoria: Es rápida y tenaz en algunos, lenta y débil en otros. Durante el tiempo en que la percepción yace en la memoria, otras imágenes o percepciones se le agregan con lo cual el hecho percibido con anterioridad se anula o altera.

d) **La Exteriorización o Deposición:** Cuando un testigo declara, evoca la imagen fijada en la memoria, y esa imagen procura traducirla verbalmente o por escrito. En toda deposición hay un proceso interno y uno externo. Las condiciones que deben concurrir para una correcta deposición del testigo, son las siguientes:

i. El estado normal y libre del testigo: Desde un punto de vista físico y psicológico, se refiere a que el testigo declare sin ser sujeto a presión o tensión. La forma en que el testigo declare depende de la facilidad de que declare lo que realmente tiene grabado en su memoria. Nunca se le pueden hacer preguntas inductivas, porque el que prestaría la declaración prácticamente sería el interrogador, por lo que la contraparte se puede oponer.

ii. El valor del juramento: Cualquiera que sea la creencia, impacta poner como testigo a la divinidad de lo que se va a declarar.

iii. Certidumbre del Recuerdo:

iv. La Espontaneidad de las Declaraciones: Mientras más espontáneas sean, más sinceras aparentemente deben ser.

v. La Influencia del Lugar: Como el lugar influye en las declaraciones del testigo.

12. **Valor Probatorio:** Existen varias normas que regulan el valor probatorio, distinguiendo según la calidad del testigo ("*los testigos no se suman, se pesan*");

- a) **Artículo 357 N° 1 CPC:** La declaración de testigo menor de 14 años puede servir de base para una presunción judicial, siempre y cuando tuviere discernimiento suficiente.
- b) **Artículo 383 CPC:** La declaración de un testigo de oídas puede constituir base de presunción judicial.
- c) **Artículo 384 CPC:** Se refiere a las declaraciones de los testigos presenciales:
 - i. Un testigo imparcial y verídico: Constituye presunción judicial cuyo mérito se aprecia conforme al art. 426 CPC (puede llegar a constituir plena prueba cuando sea grave y precisa). Este testigo debe ser hábil, que de razón de sus dichos y conteste con otras pruebas.
 - ii. Dos o más testigos: Si estos testigos están contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, no han sido tachados, han sido legalmente examinados y han dado razón de sus dichos, su declaración podrá constituir prueba plena, cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario.
 - iii. Declaraciones contradictorias entre los testigos de una y otra parte: Se prefiere a aquellos que incluso en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por halarse sus declaraciones más conformes con otras pruebas del proceso.
 - iv. Si los testigos de ambas partes son de igual calidad, imparcialidad y veracidad, se atiende al número de testigos.
 - v. Si los testigos son de igual calidad y número, se tiene por no probado el hecho.
 - vi. Los testigos presentados por una parte que declaran en contra de lo sostenido por la parte que los presenta, se suman a los de la parte contraria.

En Materia Penal: Respecto de los testigos que declaran en el sumario, no es necesario que ratifiquen sus declaraciones en el plenario para los efectos de que tengan valor probatorio. La ratificación es sólo para permitir la intervención de las partes. Esto cambia radicalmente en el nuevo CPP, toda vez que las pruebas producidas en la etapa de investigación carecen de todo valor y deben necesariamente reproducirse en la etapa jurisdiccional. En cuanto al valor probatorio, están las siguientes reglas:

- a) Dos o más testigos están contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, legalmente examinados, sin tacha y que den razón de sus dichos, pueden constituir prueba plena, cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario (art. 459 CPP). Es una norma muy similar a la del art. 384 N° 2 CPC.
- b) Si los testigos no reúnen los requisitos del art. 459 CPP, de todos modos pueden llegar a constituir presunción judicial, al igual que los testigos de oídas e inhábiles, conforme al art. 464 CPP.

IV.- EL INFORME DE PERITOS.

1. Concepto. El informe de peritos consiste en la opinión emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales en una ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto.

2. Funciones del perito. Mediante sus conocimientos profesionales ayuda al tribunal en la estimación de una cuestión probatoria, de tres maneras diferentes: Informando los principios

generales fundados en la experiencia, los resultados de su ciencia, comprobando hechos que únicamente pueden ser observados o comprendidos en virtud de conocimientos especiales y extrayendo conclusiones que sólo pueden colegirse en virtud de tales comprobaciones.

3 Características de la prueba pericial.

- a) Es un medio de prueba circunstancial y de mediación.
- b) Puede ser obligatorio o facultativo para el tribunal decretarlo:
 - i. Obligatorio: En todos los casos en que la ley lo disponga expresamente, se a que se valga de estas expresiones o de otras análogas que indiquen la necesidad de consultar opiniones expertas, como por ejemplo cuando la ley dice que un asunto se resuelva en "*juicio práctico*", o "*previo informe de peritos*" (arts. 409 y 410 CPC)
 - ii. Facultativo: (art. 411 CPC)
 - 1) Respecto de puntos de hecho para cuya apreciación se requieran conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y,
 - 2) Respecto de puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.
- c) Puede decretarse por iniciativa de partes, ya sea como medida prejudicial o en cualquier estado del juicio salvo en segunda instancia (art. 207 CPC), y por iniciativa del tribunal conforme al art. 412 CPC o como medida para mejor resolver.

4. Requisitos para ser perito. Para ser perito en un procedimiento, se requiere cumplir con determinados requisitos especiales:

- a) Ser persona hábil para testificar en el juicio en el cual se emitirá opinión, lo cual implica no estar afecto a causales de tacha.
 - b) Tener título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte respectiva se encuentra reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.
- Estos dos requisitos pueden ser obviados por acuerdo de las partes.

5. Procedimiento para designar perito. Presentada la solicitud, o decretada de oficio la diligencia, el tribunal cita a las partes a una audiencia, mediante resolución que debe ser notificada por cédula, a fin de proceder a lo siguiente:

- a) Determinar el número de peritos necesarios;
- b) Determinar las calidades, aptitudes o títulos que debe poseer;
- c) Determinar los puntos sobre los cuales debe recaer el informe; y,
- d) Designar a la o las personas que realizarán el peritaje decretado;

Si las partes llegan a acuerdo en cuanto a los puntos antes enunciado, se estará a lo convenido (art. 414 CPC). A falta de acuerdo, lo cual se presume cuando no asisten todas las partes a la audiencia (art. 415 CPC), será el tribunal quien resolverá sobre los puntos esenciales, con la sola limitación de no poder designar como perito a ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte. Dicha resolución, deberá ser notificada a las partes, quienes tendrán el derecho de oponerse dentro de tercero día, en teoría sólo para alegar alguna incapacidad legal de la persona designada. El incidente que eventualmente puede surgir, se tramitará en cuaderno separado y no suspenderá el curso del procedimiento. Resuelto el incidente favorablemente o no habiendo tal, se entenderá firme el nombramiento.

6. Procedimiento para llevar a cabo el peritaje. En términos generales, el procedimiento de peritaje se compone de tres etapas o fases fundamentales:

a) Aceptación: Luego del nombramiento, debe notificarse por cédula al perito, el cual deberá declarar si acepta y deberá prestar juramento de desempeñar fielmente el cargo. Su aceptación debe expresarse ya sea verbalmente en el acto de la notificación, o por escrito dentro de tercero día. Si el perito debe practicar un reconocimiento, debe primero citar a las partes para que concurran si quieren.

b) Reconocimiento: Son las actuaciones que realiza el perito, con el objeto de recopilar información, actuaciones en las cuales pueden intervenir las partes si lo desean, pudiendo pedir que se hagan constar determinados hechos o circunstancias, pero sin estar presentes ni tomar parte en la deliberación de los peritos (art. 419 CPC). Evidentemente, según la naturaleza del peritaje, en algunos casos no existe un reconocimiento material al cual asistir, por ejemplo cuando el perito debe analizar derecho extranjero. Si son varios peritos, deben practicar el reconocimiento en forma conjunta, salvo autorización del tribunal. De todo lo obrado debe levantarse acta.

c) Informe o Dictamen: Es el escrito mediante el cual se informa al tribunal de la labor realizada y de las conclusiones alcanzadas respecto del punto que respecto del cual se ha requerido su opinión. El legislador no estableció un plazo para evacuarlo, pero entregó dicha misión al tribunal (art. 420 CPC). El informe se acompaña con citación, y los gastos u honorarios del perito serán de cargo del solicitante, o a medias si lo decretó el tribunal. Si son varios los peritos y hay discordia entre ellos, el tribunal puede nombrar un nuevo perito. Si este tampoco logra acuerdo con los anteriores, el tribunal apreciará libremente las opiniones de todos ellos, a la luz de los demás antecedentes del juicio (arts. 421 y 422 CPC).

7. Gastos y honorarios del perito. La regla general es que los gastos y honorarios que se originen sean de cargo de la parte que haya solicitado la medida, salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión.

8. Valor Probatorio: En materia, civil, el valor probatorio del informe pericial se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, de conformidad a lo dispuesto en el art. 425 CPC. Por su parte, en el *antiguo procedimiento penal*, si bien en el fondo se aplica también la sana crítica, existe una regulación específica que pareciera llevarnos a la prueba legal, aunque ello no es realmente así:

a) Artículo 472 CPP: El dictamen de 2 peritos perfectamente acordes que afirmen la existencia de un hecho debidamente apreciado o deducido según la ciencia que profesan, puede ser considerado como prueba suficiente del hecho, si dicho dictamen no fuere contradicho por otro.

b) Artículo 473 CPP: En los demás casos, el dictamen de los peritos será estimado por el Juez como una presunción más o menos fundada, de acuerdo a la competencia de los peritos, la uniformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se apoyen, la concordancia de su opinión con las reglas de la sana lógica y demás elementos de convicción del proceso.

En el *nuevo procedimiento penal*, no se regula específicamente esta situación. Sin embargo, de acuerdo con el sistema de apreciación de la prueba, será el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica quien determinará el valor probatorio del informe de peritos.

V.- LA INSPECCION PERSONAL DEL TRIBUNAL.

1. Concepto. *"Es el examen que el tribunal realiza por si mismo de determinados hechos o circunstancias materiales, que son controvertidas en el pleito del cual conoce, a fin de adquirir convicción respecto de su veracidad y exactitud."* Los elementos que caracterizan a este medio de prueba, y a partir de los cuales se construye el concepto antes enunciado son:

- a) Los hechos que se acreditan por esta vía serán sólo aquellos apreciados directamente por el tribunal.
- b) Sólo puede utilizarse este medio de prueba para apreciar circunstancias y/o hechos materiales.
- c) Se trata de un medio de prueba directo, circunstancial y que constituye plena prueba.

2. Características.

- a. Es un medio de prueba directo
- b. Es un medio de prueba circunstancial
- c. Constituye plena prueba.
- d. En algunos casos es obligatoria

3. Clasificación.

a) Según cómo se practica:

- i. Judicial: Se lleva a efecto previa resolución, debidamente notificada a las partes.
- ii. Extrajudicial: se efectúa fuera del proceso y carece de todo valor probatorio.

b) Según la iniciativa:

- i. Iniciativa Legal: Determinados casos en que la ley establece expresamente que debe realizarse una inspección personal del tribunal (ej: art. 571 CPC, a propósito del procedimiento de denuncia de obra ruinosa)
- ii. Iniciativa de Parte: Las partes pueden pedir que se practique una inspección personal, ya sea como medida prejudicial (art. 281 CPC) o como medio de prueba durante el procedimiento (art. 327 CPC).
- iii. Iniciativa del Tribunal: El tribunal, actuando de oficio, puede decretar esta diligencia cada vez que lo estime necesario, ya sea durante el curso del proceso (art. 403 CPC), o como medida para mejor resolver.

4. Procedimiento:

- a) Lo normal es que primero se presente una solicitud de parte, requiriendo al tribunal para que practique la inspección personal. En dicha solicitud deben indicarse en detalle todos aquellos hechos o circunstancias que requieren de constatación, así como, los fundamentos que apoyan la necesidad de la inspección. En la misma solicitud se puede pedir que en el acto del reconocimiento, se oigan informes de peritos, lo cual es facultativo para el tribunal (art. 404 CPC).
- b) Para que el tribunal pueda decretar la diligencia, el solicitante debe depositar en la secretaría del tribunal, la suma que estime necesaria para costear los gastos que se causen. Si la inspección es de iniciativa legal o judicial, el depósito se reparte por mitades entre las partes (art. 406 CPC)
- c) Luego el tribunal debe dictar una resolución, en la cual, si concede la solicitud, fijará el día y hora en que llevará a efecto la inspección. Esta resolución se notifica tan sólo por estado diario, aunque debiera notificarse por cédula, y de hecho algunos tribunales así lo ordenan.
- d) La inspección puede realizarse aún fuera de los límites del territorio jurisdiccional del tribunal, pero siempre con la asistencia del Juez, el Secretario del tribunal y, si así lo desean,

también pueden asistir las partes y sus apoderados, y eventualmente los peritos. Si el tribunal fuese colegiado, puede comisionar a uno de sus miembros para practicar la diligencia.

- e) Efectuada la diligencia, debe levantarse un acta en la cual se consignan todas las observaciones realizadas del tribunal, lo cual no constituye opinión anticipada que lo inhabilite, además de las circunstancias que las partes estimen pertinente consignar. acta. Esta acta debe ser suscrita por todos los que asistieron a la diligencia, y autorizada por el secretario. Finalmente, el acta debe ser agregada al proceso.

5. Valor Probatorio: En términos generales, la inspección personal del tribunal produce plena prueba, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que haya recaído sobre hechos o circunstancias materiales. Según la Corte Suprema, no tiene ningún valor la inspección que se refiere a consideraciones jurídicas;
- b) Que los hechos o circunstancias hayan sido observados directamente por el tribunal; y,
- c) Que se haya dejado constancia en el acta de los hechos o circunstancias materiales observados por el tribunal.

En el *procedimiento penal antiguo* la inspección tiene valor de plena prueba en tres situaciones particulares, siempre y cuando ello quede asentado en el acta:

- a) **Artículo 474 CPP:** Respecto de los rastros, huellas y señales del delito y acerca de las armas, instrumentos y efectos relacionados.
- b) **Artículo 475 CPP:** Respecto de los hechos que hubieren ocurrido en presencia del Juez y del Secretario.
- c) **Artículo 476 CPP:** Respecto de toda diligencia en que se hicieren constar las observaciones del Juez en los lugares que hubiere visitado o sobre los hechos que hubiere presenciado tanto el como el Secretario.

En el *nuevo procedimiento penal*, no se regula específicamente esta situación. Sin embargo, de acuerdo con el sistema de apreciación de la prueba, será el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica quien determinará el valor probatorio de la inspección realizada.

VI.- LAS PRESUNCIONES.

1. Concepto: *"Es aquel razonamiento que, partiendo de un hecho conocido, proporciona certeza respecto de un hecho desconocido, debido a la vinculación o relación lógica existente entre uno y otro".*

2. Elementos. Sus elementos esenciales son:

- a) Hecho o circunstancia conocida (hecho base de la presunción)
- b) Elemento lógico o actitud racional del tribunal.
- c) Hecho presumido que era desconocido y pasa a ser conocido.

3. Clasificación: Sobre la base del criterio de quien establece la presunción, distinguimos entre presunciones legales y judiciales. Además, las primeras admiten una subclasificación, dependiendo de si admiten o no prueba en contrario. A continuación analizaremos cada una de estas clases:

- a) **Presunción de Derecho:** Es aquella establecida por la ley y en contra de la cual no es admisible prueba alguna para destruir el hecho presumido, una vez que se encuentre acreditado el hecho conocido (ej: arts. 76 y 706 CC)
- b) **Presunción Simplemente Legal:** Es aquella establecida por la ley, y en contra de la cual si cabe rendir prueba, tanto para destruir el hecho conocido o el hecho presumido (ej: arts. 180 y 700 CC)
- c) **Presunción Judicial:** Son aquellos hechos desconocidos que deduce el Juez a partir de ciertos antecedentes que constan en el proceso. A estas presunciones se refiere el art. 341 CPC al mencionar los medios de prueba. La base de la presunción serán aquellos hechos probados por las partes pero que no son exactamente los puntos controvertidos.

4. **Valor Probatorio:** Según el CC, para que las presunciones judiciales constituyan plena prueba, deben ser varias (dos o más), graves, precisas y concordantes. El CPC en cambio, contempla la posibilidad de que una sola presunción haga plena fe respecto de un hecho, cuando a juicio del tribunal tenga caracteres de gravedad y precisión para formar su convencimiento. Hay que analizar los distintos conceptos involucrados:

- a) **Graves:** Significa que sea ostensible y que exista relación o nexo causal con los hechos conocidos.
- b) **Precisas:** Exenta de vaguedad. Que no sea difusa en términos de poder conducir a conclusiones distintas.
- c) **Concordantes:** deben ser armónicas y no contradictorias.

Sin perjuicio de las reglas anteriores, el art. 427 CPC, contiene dos presunciones de carácter legal, en virtud de las cuales deben tenerse por acreditados todos los hechos certificados por un ministro de fe en cumplimiento de una resolución judicial, así como, todos aquellos hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes.

En el *antiguo proceso penal*, las presunciones tienen mayor importancia en materia procesal que en la civil, pues pueden completar pruebas que no lo están, tanto así que incluso el art. 502 CPP da la posibilidad de condenar exclusivamente sobre la base de presunciones, salvo que se trate de aplicar la pena de muerte. El valor probatorio de las presunciones judiciales se encuentra regulado en el art. 488 CPP, el cual es más exigente que el CPC. Para que las presunciones puedan constituir prueba completa, se requiere:

- a) Que se funden en hecho reales y probados y no en otras presunciones, ni aún legales;
- b) Que sean múltiples y graves;
- c) Que sean precisas (que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas);
- d) Que sean directas (que conduzcan lógica y naturalmente al hecho presumido); y,
- e) Que sean concordantes las unas con las otras.

Finalmente cabe consignar que el art. 502 CPP obliga al Juez, en el evento que condene en base a presunciones a exponerlas en la sentencia "una a una".

En el *nuevo proceso penal*, no se regulan las presunciones judiciales, dado que conforme al sistema de la saca crítica le corresponde al juez establece los razonamientos para arribar a los hechos, con la limitación de deber corresponder ellos a los criterios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos avanzados.

CAPÍTULO III LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA.

1. Generalidades.

Con posterioridad a la dictación del CPC, la técnica ha ido generando nuevos medios de prueba, cada vez más masivos. Resulta imprescindible analizarlos.

2. Las fotocopias. Constituyen un medio de uso habitual en la sociedad, pero produce un cierto grado de desconfianza por cuanto es fácil producir montajes y fraudes. Para analizarlas, es menester distinguir si se refiere a un instrumento público o a uno privado.

a. Fotocopia de instrumento público. Para determinar si una fotocopia puede ser considerada instrumento público es necesario analizar los diversos números del art. 342 y ver si podrían subsumirse dentro de alguno de éstos:

a) Art. 342 N°1: Los documentos originales. Si el instrumento se extiende a través de una fotocopia y éste es suscrito por el funcionario autorizante será un documento original, salvo que la ley hubiere establecido la forma material de exteriorizarse esa manifestación de voluntad y no se contemple dentro de ella la fotocopia. Respecto a la escritura pública, atendido el art. 405 COT, su matriz no es posible que sea otorgada mediante una fotocopia.

b) Art. 342 N°2: Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriben para que hagan fe respecto de toda persona o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer. En este caso, si la fotocopia del instrumento público se encuentra firmada de puño y letra por el funcionario competente tendrá ella el carácter de instrumento público en juicio. Cabe recordar que los arts. 37 y 197 CPC demuestran que el legislador otorga a las fotocopias de un instrumento público original debidamente certificadas en cuanto a su autenticidad, el carácter de instrumento público en juicio.

Respecto a las escrituras públicas, el art. 422 establece que las copias podrán ser fotocopias, expresándose que son testimonio fiel de su original, llevando la fecha, firma y sello del funcionario autorizante. Quien debe dar esas copias es el notario autorizante, el que lo subroga o sucede o el archivero a cuyo cargo está el protocolo respectivo. En ese caso, tendrá el carácter de instrumento público en juicio.

c) Art. 342 N°3: Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel ñeque se dio conocimiento de ellas. En este número se comprende las fotocopias.

d) Art. 342 N°4: Las copias que, obtenidas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria.

b. Fotocopia de instrumento privado. Un instrumento privado, para ser tal, requiere (arts. 1703, 1704 y 1705 CC) de estar escrito o firmado por la persona a quien se atribuye. En consecuencia, una fotocopia de un instrumento privado no reviste el carácter de tal, porque en sí misma no se encuentra escrita ni firmada. No obstante, como el CPC no exige para su reconocimiento que éstos se encuentren firmados, no existiría inconveniente para que respecto de la fotocopia opere el reconocimiento de parte, expreso o tácito, siempre que se trate de un documento emanado de ella. El problema se presenta en caso de impugnación: si la fotocopia es objetada carecerá de valor probatorio, puesto que no se podrá verificar el reconocimiento judicial al no haber forma de hacer entre la fotocopia impugnada y un original indubitado el cotejo de letras correspondiente.

3. La grabación mecánica de la voz. El timbre de voz es propio de cada persona y permite la determinación del sujeto que la emite. La voz se asimilaría a la firma puesto que el timbre de aquélla es un atributo personalísimo de cada persona, e inimitable. En las nuevas legislaciones se ha admitido la grabación de la voz humana como un medio de prueba autónomo. En Chile no, pero puede ser subsumido dentro de la prueba confesional -si es reconocido por la parte- y pericial -si fuere negado. Este criterio respecto a que es necesario un reconocimiento de la grabación para que tenga valor probatorio se encuentra contemplado en el art. 330 CPP.

Finalmente, cabe añadir que las grabaciones ilícitas y subrepticias deben ser excluirse absolutamente del proceso, conforme a lo establecido por el art. 484 CPP.

4. Microcopia. La ley N°18.845 de 03.11.1989 estableció el sistema de la microcopia o micrograbación de documentos.

a. Concepto. Debe entenderse por microforma cualquier alternativa de formatos de películas fotográficas, microfilmes u otros elementos análogos que contengan imágenes de documentos originales como producto del proceso de microcopia o micrograbado y que sean susceptibles de ser reproducidas (art. 1). El método que se emplee debe garantizar la duración, indelebilidad, integridad, legibilidad y fidelidad de las microformas. Para establecer su valor probatorio hay que distinguir entre:

b. Microformas de documentos pertenecientes a la administración pública y registros públicos. Para estos documentos, el proceso de microcopia debe hacerse en presencia del funcionario encargado del archivo o registro respectivo, quien actuará como ministro de fe. El proceso debe comprender un acta de apertura, en el cual se dejará constancia de la fecha de la diligencia, del ministro de fe, quien deberá certificar el estado de conservación de los documentos originales; y un acta de cierre, emanada del ministro de fe.

El valor probatorio de las microformas, si son hechas conforme a la ley, será el mismo del documento original. Sin embargo, si los originales no hubieren sido destruidos y existiere disconformidad entre éstos y sus microcopias, se estará al documento original (art. 4).

La impugnación de las microformas y de sus reproducciones se sujetará a las prescripciones del derecho común sobre impugnación de documentos.

c. Microformas pertenecientes a archivos privados. Éstas tendrán el mismo mérito que los documentos originales, siempre y cuando:

- La microcopia haya sido efectuada por alguna persona o entidad inscrita en el registro respectivo y que cumplan con el art. 9 N°1 de la ley.
- Se otorgue acta de apertura y cierre emanada de un ministro de fe.

Las letras de cambio, pagarés a la orden, cheques, certificados de depósitos y cualquier título de crédito o inversión, sólo podrán hacerse valer invocando el instrumento original, sin perjuicio de las disposiciones que autoricen la obtención de un segundo ejemplar en los casos de extravío, hurto o pérdida del original (art. 5).

d. Destrucción de documentación. Todo este proceso de microformas tiene por objeto permitir la destrucción de documentación, salvo norma expresa en contrario. Se establecen las siguientes prohibiciones de destrucción:

- a) Queda prohibido destruir documentos de valor histórico o cultural.
- b) Mientras estén pendientes los plazos del art. 200 del Código Tributario, será aplicable lo dispuesto por el art. 97 N° 16 del mismo cuerpo legal, respecto a la pérdida o inutilización de los libros de contabilidad, aun cuando hayan sido microcopiados.

c) Las entidades sujetas a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema podrán acogerse a las disposiciones de esta ley, previa autorización de dicha Corte (art. 10).

e. Sanción penal. La falsificación de microformas y su uso malicioso se castigarán de acuerdo a los párrafos 4 y 5 del Título Cuarto del Libro Segundo del Código Penal (art. 8).

5. Documentos electrónico. La ley N°19.799 de 12.04.2002 estableció el reconocimiento de este tipo de documentos.

a. Conceptos. Para los efectos de esa ley, se definen una serie de conceptos, como: electrónico, certificado de firma electrónica, certificador de servicios de certificación, documento electrónico, firma electrónica, firma electrónica avanzada y titular o usuario.

De acuerdo a esos conceptos, existen tres tipos de documentos electrónicos:

1) *Documentos electrónicos que no contengan firma.*

2) *Documentos electrónicos que contengan firma electrónica simple.* En este caso, las partes acuerdan usar una firma que permita al receptor de un documentos identificar al menos formalmente a su autor, sin que concurra un certificador.

3) *Documentos electrónicos que contengan firma electrónica avanzada.* En este caso, en cambio, la firma es certificada por un prestador acreditado, la cual ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

b. Alcance de la utilización de la firma electrónica en un documento electrónico. La regla general establecida es que los actos o contratos celebrados y suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. La firma electrónica se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales.

Esta regla, sin embargo, no tendrá aplicación respecto de ciertos actos o contratos:

- a) Aquellos en que la ley exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documentos electrónico.
- b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes.
- c) Aquellos relativos al derecho de familia.

Asimismo, esta regla general no tendrá aplicación respecto de los actos y contratos y documentos expedidos por órganos del Estado:

- a) Aquellos en que la CPR o la ley exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico
- b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de la autoridad o funcionario que deba intervenir en ellas.

Sin perjuicio de lo anterior, los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada (art. 4), y los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada (art. 7).

c. Valor probatorio. Conforme al art. 4, los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada. Respecto del valor

probatorio de los documentos electrónicos presentados en juicio como medio de prueba, existen las siguientes normas:

a.- Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público y se encontraren suscritos mediante firma electrónica avanzada, tendrán el carácter de instrumento público y se les aplicarán las reglas generales que regulan el valor probatorio de estos documentos;

b.- Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento privado y hayan sido suscritos mediante firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio de un instrumento público y se les aplicarán las reglas generales que regulan el valor probatorio de estos documentos;

c.- Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento privado y hayan sido suscritos mediante una firma electrónica simple o no contengan firma electrónica, tendrán el valor probatorio que corresponda según las reglas generales, esto es, son instrumentos privados que para poseer valor probatorio deberán ser reconocidos en las formas previstas por la ley, por no encontrarse amparados por la presunción de autenticidad.