

P. 1

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

IGNACIO RODRIGUEZ PAPIC

PROCEDIMIENTO CIVIL

JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA

SEPTIMA EDICION REVISADA Y ACTUALIZADA POR

CRISTIAN MATURANA MIQUEL

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile*

© IGNACIO RODRIGUEZ PAPIC

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual

Inscripción Nº 92.692, año 1995

Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta séptima edición de
500 ejemplares en el mes de octubre de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE/ PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1614-1



INTRODUCCION

1. CONCEPTOS PREVIOS

a) El Estado cumple las funciones que le son propias --legislativa, ejecutiva y jurisdiccional-- por medio de los órganos competentes: poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

b) La función jurisdiccional es inherente a él; se basa, en nuestra legislación, en preceptos constitucionales expresos, y tiene por objeto resolver los conflictos de intereses suscitados entre particulares. La cumple de tres maneras: 1º organizando la administración de justicia; 2º determinando la competencia de los tribunales que la integran, y 3º estableciendo las reglas de procedimiento a que deben sujetarse los jueces y litigantes en la substanciación de los procesos.

c) Los dos primeros aspectos de la función jurisdiccional están organizados, dentro de nuestro régimen jurídico, por la Constitución Política de la República y por el Código Orgánico de Tribunales, revistiendo este último el carácter de ley orgánica constitucional en estas materias de acuerdo a lo previsto en los artículos 74 y 5º transitorio de nuestra Constitución.

d) El tercer aspecto de la cuestión --el procedimiento-- está reglamentado por los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, Código Procesal Penal y en otras leyes, que se refieren a casos especiales. Consiste en el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y los litigantes en la tramitación del proceso. Procedimiento viene de *procedere*, avanzar, y denota la idea de "camino a seguir"; supone, por consiguiente, una serie de actos cuyo conjunto forman el proceso, en el que el demandan-

te acciona, el demandado opone sus excepciones y defensas, se rinden las pruebas pertinentes y termina con la sentencia que dicta el tribunal.

e) De lo anterior resulta, entonces, que la actividad jurisdiccional del Estado se desarrolla mediante el proceso. Pero actualmente no es el único fin de éste. Pues junto con el proceso contencioso, que es el propiamente jurisdiccional, existe el proceso voluntario o de jurisdicción voluntaria, que persigue otros fines que el resolver contiendas entre partes, como es el crear actos tutelares, solemnidades o situaciones jurídicas nuevas. Sin embargo, dado lo dispuesto en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil,¹ en nuestra legislación el proceso voluntario es un acto de jurisdicción del Estado.²

En el nuevo proceso penal, la investigación que debe dirigir en forma exclusiva el ministerio público no reviste naturaleza jurisdiccional, por mandato expreso del artículo 80 A de nuestra Constitución Política de la República, debiendo atribuirse dicho carácter fundamentalmente al juicio oral que se desarrolla ante el tribunal oral (Título III del Libro II del Código Procesal Penal). Las diligencias que se hubieren realizado por el ministerio público o la policía en la etapa de investigación no tendrán valor probatorio dentro del juicio oral, dado que la prueba que debe servir de base a la sentencia es la que debe rendirse durante la audiencia del juicio oral (arts. 296 y 340 inc. 2º del Código Procesal Penal).

Sin perjuicio de ello, revisten también naturaleza de carácter jurisdiccional en la fase de investigación formalizada, las diversas resoluciones que se pronuncian por el juez de garantía, como son las que autorizan que se realicen actuaciones que

¹ En adelante, al citar alguna disposición del Código de Procedimiento Civil, indicaremos únicamente el artículo.

² La doctrina procesal alemana y la italiana sostienen que el proceso voluntario no es un acto de jurisdicción, sino, simplemente, una función administrativa. Esta posición es compartida en nuestra doctrina, entre otros, por don FRANCISCO HOYOS H. (*Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, págs. 48 a 50, Editorial Jurídica de Chile, 1987) y don HUGO PEREIRA A. (*Curso de Derecho Procesal*, tomo I, Derecho Procesal Orgánico, págs. 142 a 152, Editorial Jurídica Conosur, 1993).

importan una privación, restricción o perturbación para el imputado o un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura (art. 9º Código Procesal Penal); la que ordena la prisión preventiva (art. 140 Código Procesal Penal), la que decreta otras medidas cautelares personales (art. 155 Código Procesal Penal), la que determina la procedencia de medidas cautelares reales (art. 157 Código Procesal Penal), la que decreta la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 Código Procesal Penal), la que aprueba los acuerdos reparatorios (art. 241 Código Procesal Penal), la que decreta el sobreseimiento definitivo (art. 250 Código Procesal Penal) o el sobreseimiento temporal (artículo 252 Código Procesal Penal), el auto de apertura del juicio oral (art. 277 Código Procesal Penal).

2. CARACTERISTICAS DEL PROCEDIMIENTO EN CHILE

a) El procedimiento en Chile se caracteriza porque es escrito y está sujeto a una doble revisión. Ello es la regla general, que tiene sus excepciones. Así, por ejemplo, el procedimiento en los juicios de mínima cuantía, seguidos ante los jueces de letras, es verbal, dejándose únicamente acta escrita de lo actuado en ellos;³ y también por vía de ejemplo, los jueces de letras conocen de asuntos civiles que no excedan de 15 UTM en única instancia, o sea, no están sujetos a revisión sus fallos por el superior jerárquico.⁴

b) *Escrito*. Quiere decir que de todas las actuaciones del proceso debe dejarse constancia o testimonio escrito.

c) *Sujeto a una doble revisión*. En razón de la doble revisión lo resuelto por el tribunal inferior puede por regla general ser revisado, modificado o enmendado, con arreglo a derecho, por el superior jerárquico.

El nuevo proceso penal se caracteriza por ser un procedimiento en el cual prima el principio de la oralidad, y en contra de la sentencia definitiva que se pronuncia por el tribunal oral

³ Vid. art. 704.

⁴ Vid. art. 45, Nº 1º, del C.O.T.

no es procedente el recurso de apelación (arts. 291 y 364 Código Procesal Penal).

3. CLASIFICACION DE LOS PROCEDIMIENTOS

a) Los procedimientos admiten diversas clasificaciones, atendido el punto de vista que se tome: 1° según la materia sobre la cual versan, pueden ser civiles o penales; 2° según su tramitación, comunes o especiales; 3° atendiendo a su forma, orales o escritos; 4° atendiendo al fin que con ellos se persigue, declarativos o ejecutivos; 5° atendiendo a su objeto, se clasifican en petitórios o posesorios; 6° en cuanto a la extensión del derecho sobre el cual recaen, pueden ser universales o particulares (también se les llama singulares), y 7° en cuanto a su cuantía, se clasifican en procedimientos de mayor cuantía, de menor cuantía y de mínima cuantía. Daremos los conceptos de cada uno de ellos.

b) 1° *Según la materia sobre la cual versan.* En razón de la materia, los procedimientos son civiles o criminales. El procedimiento penal tiene por objeto hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado por la comisión de un delito en contra de sus partícipes y sancionarlos en la forma y medida establecidas por la ley penal; el civil, es el que rige los conflictos civiles entre partes.

El procedimiento penal aplicable será el contemplado en el Código de Procedimiento Penal o en el Código Procesal Penal, según la naturaleza del delito, lo que se determinará según si a la fecha de su comisión hubiere entrado a regir en el lugar el nuevo sistema procesal penal (arts. 4° Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y 484 Código Procesal Penal).

c) 2° *Según su tramitación.* Los procedimientos son comunes, generales u ordinarios y especiales o extraordinarios. Los primeros son aquellos que se someten a la tramitación común ordenada por la ley; al paso que los últimos son los que tienen una tramitación determinada, según la naturaleza del asunto.

Para establecer, en nuestra legislación, cuáles son los procedimientos comunes y cuáles los especiales no hay que atender a la ubicación que ellos tienen en el Código de Procedimiento

Civil, sino que debe tomarse en cuenta el campo de acción de cada procedimiento, su esfera de aplicación. Así, por ejemplo, el juicio sumario, que es un procedimiento común cuando se le da aplicación en virtud de lo establecido en el inciso 1° del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, está ubicado en el Libro III del mencionado cuerpo legal, que trata de los procedimientos especiales.

Los juicios comunes en la legislación procesal chilena son: el juicio ordinario de mayor cuantía; el juicio ordinario de menor cuantía; el juicio de mínima cuantía, y el juicio sumario, cuando se le da aplicación en virtud de lo dispuesto en el citado inciso 1° del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil. Todos los demás son procedimientos especiales.

d) 3° *Atendiendo a su forma.* En cuanto a la forma como se practican las actuaciones, los procedimientos pueden clasificarse en orales o escritos:

Son orales o verbales aquellos que se ventilan de palabra o cuyas actuaciones son verbales, aun cuando se deje constancia escrita de alguna de sus actuaciones o resultados. Son escritos aquellos en que las actuaciones, trámites y gestiones deben realizarse por escrito, como asimismo debe dejarse constancia escrita de ellas; en otras palabras, aquellos que se instruyen, ventilan y deciden, no de palabra o por medio de una simple acta que abraza todo el resultado, sino por escrito y asentándose sucesiva o cronológicamente y por separado todas las actuaciones.

En realidad, no existen procedimientos únicamente escritos u orales. Para clasificarlos en esa forma se hace atendiendo a la prevalencia del elemento oral o escrito.

e) 4° *Según el fin que con ellos se persigue.* Son declarativos o ejecutivos. Genéricamente son declarativos o de conocimiento aquellos cuyo fin perseguido es el reconocimiento o la declaración de un derecho controvertido o que nos es desconocido o nos ha sido negado, pudiendo distinguirse dentro de ellos los meramente declarativos, constitutivos, de condena y cautelares. Son ejecutivos aquellos por medio de los cuales se pide el cumplimiento de una obligación que consta de una sentencia judicial o de otro título que según la ley tenga la fuerza ejecutiva. Este procedimiento es de carácter compulsivo o coercitivo.

f) 5º *En cuanto a su objeto.* Atendiendo a su objeto, los procedimientos pueden clasificarse en petitorios y posesorios. Los primeros son aquellos que tienen por objeto o sirven para reclamar el dominio sobre las cosas. Los segundos son los que tienen por objeto hacer efectivas las acciones posesorias, las que constituyen los llamados interdictos posesorios. En virtud de ellos se ejercitan las acciones posesorias que amparan el dominio y los demás derechos reales constituidos sobre él.

g) 6º *En cuanto a la extensión del derecho en que recaen.* Son universales y singulares o particulares. Son universales aquellos mediante los cuales se persigue una universalidad jurídica, como los juicios de quiebra, los sucesorios. Son singulares o particulares aquellos en que se persigue una especie o cuerpo cierto.

h) *Según su cuantía.* Se clasifican en *procedimiento de mayor cuantía*, si la causa excede de 500 unidades tributarias mensuales; *procedimiento de menor cuantía*, aquellas causas que exceden de 10 unidades tributarias mensuales, pero no pasan de 500 unidades tributarias mensuales (art. 698 Código de Procedimiento Civil); y *procedimiento de mínima cuantía*, cuando no exceden de 10 unidades tributarias mensuales (art. 703 Código de Procedimiento Civil).

Respecto del juicio ejecutivo, existen *procedimientos ejecutivos de mayor cuantía*, si la causa excede de 10 unidades tributarias mensuales; y *procedimientos ejecutivos de mínima cuantía*, cuando la causa no excede de 10 unidades tributarias mensuales (arts. 703 y 729 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).⁵⁶

4. EL JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA. SUS CARACTERISTICAS E IMPORTANCIA

a) El juicio ordinario de mayor cuantía está reglamentado en el Libro II del Código de Procedimiento Civil, artículos 253 y siguientes.

⁵⁶ La clasificación de los procedimientos expuesta es la que da el profesor don Darío Benavente G. en su cátedra de Derecho Procesal. Vid. *BENAVENTE, El Juicio Ordinario*, págs. 34 y siguientes.

⁵⁷ Dicha cuantía fue fijada por el artículo único N° 2 de la Ley 19.594, publicada en el Diario Oficial de 1º de diciembre de 1998.

b) Es por esencia un procedimiento escrito. Todas sus actuaciones, sin excepción, deben constar por escrito en el proceso, cumpliendo con las formalidades del caso, según la naturaleza del trámite, actuación o diligencia de que se trate.

c) Se aplica a los litigios cuya cuantía sea superior a 500 unidades tributarias mensuales y siempre que la ley no establezca un procedimiento especial; en consecuencia, es un procedimiento de mayor cuantía y común o general.

d) Es un procedimiento normalmente declarativo, ya que con él no se persigue el cumplimiento de una obligación, sino el reconocimiento o la declaración de un derecho controvertido, o que nos es desconocido o nos ha sido negado. Puede ser también constitutivo y de condena dentro de la clasificación habitual de los procedimientos.

e) Normalmente admite el recurso de apelación y por lo tanto lleva consigo un procedimiento de segunda instancia.

f) Es grande su importancia y es fundamental conocerlo bien, por ser de aplicación general y de carácter supletorio.⁷ Esto último es de suma relevancia porque el Código de Procedimiento Civil al legislar sobre los juicios especiales (Libro III), no lo hizo en detalle, de modo que existen gran cantidad de cuestiones que necesariamente deben resolverse por los trámites del juicio ordinario.

5. APLICACION DE LAS REGLAS DEL JUICIO ORDINARIO A LOS CASOS NO LEGISLADOS ESPECIALMENTE

a) El juicio ordinario es la forma común de tramitación, en tanto que los juicios especiales tienen un trámite distinto según la naturaleza de la cuestión en debate. Por eso es que el artículo 3º dispone: "Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su

⁷ Vid. art. 3º.

naturaleza". Resuelve así la ley las dificultades que pudieran presentarse en la práctica respecto de aquellas cuestiones que no se han previsto o que no ha sido posible preverlas por el inconveniente que ocasionaría la multiplicidad de procedimientos especiales.

b) Se deben aplicar las reglas del juicio ordinario, entonces, en todos los asuntos o cuestiones que no tengan un trámite especial en el Código de Procedimiento Civil. Pero esta regla no debe considerarse en los casos que la cuestión surja dentro del mismo juicio ordinario y tenga relación más o menos inmediata con el asunto principal debatido, porque en ese caso debe tramitarse de acuerdo con las reglas de los incidentes (art. 82).

c) La regla del artículo 3º debe aplicarse asimismo en los casos en que por cualquier circunstancia el juicio especial pierda alguno de sus elementos que lo caracterizan, como por ejemplo si en el juicio ejecutivo, en el trámite de gestión preparatoria de la vía ejecutiva, el demandado desconoce la firma estampada en un instrumento privado. En este evento debe tramitarse como juicio ordinario.

6. APLICACION SUBSIDIARIA DE LAS REGLAS DEL JUICIO ORDINARIO EN LOS JUICIOS ESPECIALES

Dijimos que una de las características de este juicio era su carácter supletorio,⁸ lo que significa que todos los vacíos que se presenten en los demás procedimientos deben suplirse aplicando las reglas del procedimiento ordinario. Pero se aplican sus normas siempre que no se opongan a las disposiciones que rigen a los juicios especiales; porque al reglamentarlo la ley sólo le ha dado la estructura adecuada a la cuestión que se ventila, dejando que se tramiten por las formas comunes las que no requieran alguna tramitación especial. Así, verbigracia, en el juicio ejecutivo el Código de Procedimiento Civil reglamenta los títulos ejecutivos, el plazo para oponer excepciones, las ex-

⁸ Vid. supra Nº 4.

cepciones que pueden oponerse, etc., pero no reglamenta los medios de prueba, los requisitos que debé contener la demanda ejecutiva, la manera como debe rendirse la prueba testimonial, etc., todo lo cual debe hacerse en la forma establecida para el procedimiento ordinario.

Este carácter supletorio del juicio ordinario se extiende aún respecto al procedimiento penal por crimen o simple delito de acción penal pública, en el cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 489 del Código de Procedimiento Penal, "regirán en las causas criminales las disposiciones contenidas en el Título 'Del Término Probatorio' del Libro II del Código de Procedimiento Civil".

En el Código Procesal Penal no existe una remisión a las normas que rigen el término probatorio contenidas en el Título "Del Término Probatorio" del Libro II del Código de Procedimiento Civil, atendida la diversidad que presenta el juicio oral, que se rige por los principios de la oralidad, concentración, continuaividad e inmediación, los que no permiten aplicación en el juicio ordinario civil.

Sin embargo, tratándose de la demanda civil que puede ser presentada dentro del nuevo proceso penal existe una remisión a los requisitos exigidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (art. 60 Código Procesal Penal); y para determinar la procedencia y tramitación de las medidas cautelares reales en el nuevo proceso penal existe una remisión a las normas contenidas en los Títulos IV y V del Código de Procedimiento Civil (art. 157 Código Procesal Penal).

7. ESTRUCTURA DEL JUICIO ORDINARIO

a) El juicio ordinario puede iniciarse por medio de demanda o prepararse por una medida prejudicial; pero la circunstancia de que se prepare por medio de una medida prejudicial no significa que no tenga que haber demanda: ésta debe existir en todo caso.

b) De la demanda —que debe notificarse al actor por el estado diario y al demandado personalmente o en la forma señalada en el inciso 2º del artículo 44 o por avisos, según los casos y

en el evento de ser la primera solicitud en juicio— se da traslado. El demandado debe contestarla dentro de cierto plazo fatal, que generalmente será de 15 días. Puede o no defenderse; si no se defiende dentro del plazo fatal que dispone para ello, se extinguirá su facultad por el solo ministerio de la ley y el tribunal —de oficio o a petición de parte— deberá conferir traslado para replicar, sin necesidad de certificado previo. Si se defiende, puede hacerlo oponiendo excepciones dilatorias o contestando derechamente la demanda. Contestada la demanda o extinguida esa facultad por no haberse ejercido ella dentro del plazo fatal, el demandante responde a las observaciones del demandado en el escrito de réplica, al cual responde a su vez el demandado en el escrito de réplica.

c) En este estado el juez debe estudiar el proceso y ver si hay hechos substanciales, pertinentes y controvertidos. Si no los hay, debe citar para oír sentencia. Si los hay y es admisible en el juicio la transacción, y no estamos ante uno de los casos previstos en el artículo 313, el juez debe citar a las partes a una audiencia de conciliación. "Si se rechaza la conciliación o no se efectúa el comparendo, el secretario certificará este hecho de inmediato y entregará los autos al juez para que éste, examinándolos por sí mismo, proceda a recibir la causa a prueba, dictando la resolución correspondiente, donde se dará lugar al trámite de la recepción de la causa a prueba, y se señalarán los hechos que se recibirán a prueba. Esta resolución se notifica por cédula a las partes; y si ellas quieren valerse de la prueba testimonial, deben acompañar dentro del quinto día la lista de testigos y una minuta de puntos de prueba.

d) Vencido el término probatorio —que generalmente es de 20 días—, los autos quedan en secretaría por otros 10, en cuyo plazo las partes pueden hacer, por escrito, las observaciones que el examen de la prueba les sugiere. Vencido este término, se hayan o no presentado escritos, el tribunal, a petición de parte o de oficio, citará para oír sentencia.

e) El juez debe dictar la sentencia en el plazo de 60 días y contra ella proceden los recursos legales.

8. PLAN DE ESTUDIO

a) El juicio ordinario comprende tres partes bien diferenciadas: 1º el período de discusión, al que corresponden en esencia los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica; y el trámite obligatorio del llamado a conciliación; 2º el período de prueba, y 3º el período de la decisión, que corresponde a la dictación de la sentencia.

b) El presente trabajo seguirá el mismo plan, salvo ligeras modificaciones, para un mejor orden metodológico de la exposición. Por consiguiente, estará compuesto de tres partes: la primera se referirá al período de la discusión, donde se estudiarán la demanda y la acción, las excepciones y la contestación de la demanda; la réplica y la dúplica y el trámite obligatorio del llamado a conciliación. La segunda estudiará el período de la prueba, comprendiendo la prueba en general y cada uno de los medios probatorios. Por último, la tercera incluirá el estudio de los procedimientos posteriores a la prueba y el término del juicio ordinario.

c) Las materias un tanto dispares que comprenden la tercera parte nos obligan a una justificación. Este trabajo no se refiere a la sentencia porque: 1º su objeto es el estudio metódico y sucinto del Libro II del Código de Procedimiento Civil, que no trata de la sentencia; 2º hemos intentado ceñirnos, hasta donde es posible, al Programa de Derecho Procesal aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que se refiere a la sentencia al tratar las resoluciones judiciales,⁹ y 3º existen numerosas y excelentes monografías al respecto.¹⁰ Sin embargo, hemos resuelto incluir un capítulo sobre las formas como termina el juicio ordinario, donde se estudia someramente la sentencia.

d) La tercera parte comprende dos materias hasta cierto punto inconexas, como sus dos capítulos, que tratan: el primero, sobre los procedimientos posteriores a la prueba, que debería haber quedado incluido en la segunda parte, y el segundo, el término del juicio ordinario. Hemos resuelto incluirlos los dos en una sola parte para una mejor distribución del conjunto de este libro.

⁹ Vid. Programa de Derecho Procesal aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹⁰ Vid. MONTESINOS RAMÍREZ, REINALDO, *De las resoluciones judiciales en el procedimiento ordinario*.

PRIMERA PARTE
PERIODO DE LA DISCUSION

CAPÍTULO I
MANERA DE INICIAR EL JUICIO:
LA DEMANDA

1º Generalidades

9. RECAPITULACION

Habíamos dicho¹ que el juicio ordinario de mayor cuantía podía prepararse por medio de una medida prejudicial o iniciarse por medio de demanda sin que ésta pudiera faltar, ya que es la forma de poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado. En el presente trabajo no se estudiarán las medidas prejudiciales, sino únicamente la demanda.

10. CONCEPTO

Con la palabra demanda se designa el acto inicial de la relación procesal, ya se trate de un juicio ordinario o de un juicio especial; es decir, la primera petición que resume las pretensiones del actor. Se puede definir como la presentación formal que el actor hace ante el tribunal para que éste se pronuncie sobre las acciones sometidas a su conocimiento,² o, también, "como el medio legal de hacer valer una acción y ésta, a su vez, como el medio de hacer valer en juicio el derecho que se reclama".³ La

¹ Vid. supra Nº 7, letra a).

² BENAVENTE, *El juicio ordinario*, pág. 39.

³ C. Sup., Rev. XXXI-II-1º-131.

demanda es la forma como se ejercitan las acciones en juicio; a la acción se le da vida por medio de esta presentación.

El notable procesalista uruguayo Couture define la demanda como "el acto procesal introductivo de instancia por virtud de la cual el actor somete su pretensión al juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable en su interés".

En esta materia es menester distinguir claramente tres conceptos procesales distintos, pero que guardan relación entre sí, como son la acción, la demanda y la pretensión procesal.

La acción es la facultad de recurrir a la jurisdicción, es el poder de provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales del Estado; por lo tanto, es un concepto previo al proceso, más amplio que él y se sitúa fuera de su ámbito. Se trata de un supuesto de la actividad procesal cuya materialización práctica se verifica con la presentación de la demanda.

La demanda es sólo el acto material que da nacimiento a un proceso. Es la actividad procesal de iniciación que no sólo marca el comienzo cronológico del proceso, sino que encierra dentro de sí a la pretensión procesal.

La pretensión procesal es la petición fundada que formula el actor solicitando del órgano jurisdiccional una actuación frente a una determinada persona y constituye el fundamento objetivo del proceso, la materia sobre la que recae y en torno a la cual gira el complejo de elementos que lo integran. La manera en que se plantea es contenida dentro de la demanda, que le sirve como vehículo para introducirse en el proceso. Por otra parte, la pretensión es un acto y no un derecho; en consecuencia, se diferencia claramente del derecho subjetivo material que puede servirle de fundamento y de la acción como derecho subjetivo autónomo distinto del anterior.⁴

En cuanto a la expresión *libelo*, debemos tener presente que ésta es la denominación que se daba antiguamente al escrito de demanda.⁵

⁴ VELASCO S., RODRIGO, *La pretensión en el proceso civil chileno*.

⁵ Dicha expresión proviene del latín *libellus*, -i, diminutivo de *liber*, -i, "libro". Designaba en la antigua Roma un conjunto de hojas de papiro unidas en la misma forma que los libros actuales, mientras que el *liber* consistía en un rollo de hojas unidas una a continuación de otra. En seguida, designa-

11. IMPORTANCIA

La demanda es la base del juicio y de ella depende el éxito de la acción deducida; luego, tiene enorme importancia su preparación, para el buen éxito del juicio. Así, por ejemplo, la demanda concreta las acciones (pretensiones) del actor y enmarca los poderes del juez: el juez no puede conceder más de lo pedido en ella, porque la sentencia sería nula por ultra petita (art. 768, N° 4°); los defectos de forma que se incurran en ella permiten oponer la excepción dilatoria de ineptitud del libelo (art. 303, N° 4°); el juez, al señalar los puntos de prueba, debe tener en cuenta los hechos alegados en ella (art. 318); etc.

12. CASOS EN QUE LA DEMANDA ES OBLIGATORIA

Por regla general, nadie está obligado a demandar. Sin embargo, existen en nuestra legislación algunos casos de demandas obligatorias, con sanciones para el evento de que no se entablen. Estos casos son:

1° en el caso que el demandado pida que se ponga la demanda en conocimiento de otra u otras personas determinadas a quienes correspondiere también la acción ejercida y que no la hubieren entablado, para los efectos de que señalen si adhieren a ella o manifiesten su resolución de no adherirse bajo los apercibimientos contemplados en el artículo 21; si declaran su resolución de no adherirse, caducará su derecho; y si nada dicen dentro del término legal, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación;

2° el que ha obtenido una medida prejudicial precautoria está obligado a deducir demanda en el término de 10 días, bajo sanción de alzarse dicha medida y quedar responsable de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento (art. 280);

ba cualquier obra pequeña, carta, escritura, testimonio, etc., y pronto adquirió un sentido peyorativo, siendo usado ya por Catulo y Tácito en el sentido de "libelo infamatorio". COUTURE, EDUARDO, *Vocabulario jurídico*, pág. 383, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

3º cuando alguna persona manifiesta corresponderle un derecho de que no está gozando, todo aquel a quien su jactancia pueda afectar podrá pedir que se la obligue a deducir demanda dentro del plazo de 10 días, bajo apercibimiento, si no lo hace, de no ser oída después sobre aquel derecho (art. 269);

4º en el caso de reserva de derecho en el juicio ejecutivo el deudor está obligado a deducir demanda ordinaria en el término de 15 días, contados desde la fecha en que se le notifique la sentencia definitiva, bajo sanción de procederse a ejecutar dicha sentencia sin previa caución, o quedará ésta ipso facto cancelada si se ha otorgado (art. 474);

5º en el nuevo proceso penal, tratándose de delitos de acción penal pública, si se hubiere decretado el sobreseimiento temporal por requerirse la resolución previa de una cuestión civil que no fuere de competencia del juez penal (artículos 252 letra a) Código Procesal Penal y 173 y 174 Código Orgánico de Tribunales), el ministerio público deberá promover la iniciación de la causa civil previa interponiendo la respectiva demanda e interwendrá en ella hasta su término, instando por su pronta conclusión (art. 171 Código Procesal Penal).

13. EFECTOS DE LA DEMANDA

a) Por el solo hecho de su interposición la demanda produce los siguientes efectos:

b) 1º Queda abierta la instancia y el juez está obligado a conocer las peticiones del actor e instruir el proceso, incurriendo, en caso de no hacerlo, en responsabilidad de carácter disciplinario, civil y criminal, y específicamente incurre en el delito de denegación de justicia.⁶

c) 2º Coloca al juez en la necesidad de conocer de la demanda pudiendo de oficio no dar curso a ella cuando no constenga las indicaciones ordenadas por la ley (art. 256); puede el juez pronunciarse sobre su competencia (art. 10, inc. 2º, del

C.O.T.), y a juzgar oportunamente en la sentencia la acción (preensión) deducida (art. 170, N° 6º).

d) 3º Se entiende que el actor proroga tácitamente la competencia, en los casos que esta proroga proceda (art. 187, N° 1º, del C.O.T.) y queda fijada la competencia del juez con relación al actor.

e) 4º Fija la extensión del juicio, determinando las defensas del demandado (que no pueden referirse sino a ella), salvo el caso de reconvencción; y limita los poderes del juez, que en la sentencia sólo podrá referirse a lo expuesto en la demanda.

f) 5º El actor no puede interponer nueva demanda en contra del demandado por la que persiga el mismo objeto pedido con la misma causa de pedir, pues con la presentación y notificación de la primera demanda nace el estado de litispendencia, que autoriza la excepción dilatoria de igual nombre respecto de la demanda posterior.

g) 6º Produce efectos respecto al derecho. Así por ejemplo, en los juicios sobre alimentos se deben éstos desde la presentación de la demanda (art. 331 del C.C.); en el caso de las obligaciones alternativas, la demanda individualiza la cosa debida cuando la elección es del acreedor (art. 1502, inc. 2º, del C.C.); etc.

14. MODIFICACION DE LA DEMANDA

a) Respecto a este punto es preciso distinguir tres situaciones: 1º antes que la demanda sea notificada; 2º período comprendido entre su notificación y la contestación, y 3º después de contestada. Nos referiremos a ellas.

b) 1º Antes de notificada la demanda al demandado, el actor la puede retirar sin trámite alguno y se considerará, en este caso, como no presentada (art. 148, 1ª parte). Puede, entonces, ser modificada, ampliada o restringida sin inconveniente alguno, mediante un nuevo escrito.

c) 2º "Notificada la demanda a cualquiera de los demandados y antes de la contestación, podrá el demandante hacer en ella las ampliaciones o rectificaciones que estime convenientes.

⁶ Vid. arts. 224, N° 3º, y 225, N° 3º, del C.P. y art. 324 del C.O.T.

17. REQUISITOS ESPECIALES DE TODA DEMANDA

a) Por auto acordado de 19 de diciembre de 1988, de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, publicado en el Diario Oficial de 21 de enero de 1989, modificado por auto acordado de 29 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial de 3 de noviembre de 1993, se acordó disponer que a partir del 1º de enero de 1989, en las demandas y gestiones judiciales que se presenten a esta Corte para su distribución a los Juzgados Civiles y del Trabajo de la jurisdicción, los señores abogados antepondrán al texto de la suma los datos que siguen: 1) Tipo de procedimiento que corresponda al juicio. En caso de optarse por el de menor cuantía que establece el artículo 432 bis del Código del Trabajo, deberá indicarse la cuantía de lo disputado. En dicho evento no registrarán las exigencias de los N°s 4) y 5). 2) Materia del pleito. 3) Nombre completo del o de los demandantes con el número de RUT o Cédula de Identidad Nacional de cada uno. 4) Nombre completo del abogado patrocinante, con su número de RUT. 5) Nombre del o de los apoderados, con el número de RUT o Cédula de Identidad Nacional de cada uno. 6) Nombre completo del o de los demandados con el número de RUT o Cédula de Identidad si fuere conocido.

b) Además de los requisitos comunes a todo escrito y de los mencionados en el referido auto acordado que sólo rige respecto de la primera presentación en juicio que debe ser sometida a distribución ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, la demanda debe contener las menciones especiales que señala el artículo 254 y que son:

c) 1º *La designación del tribunal ante quien se entabla*, o sea, debe indicarse la jerarquía del tribunal. Así se pondrá "S. J. L." (Señor Juez Letrado), "I. C." (Ilustrísima Corte), "Excma. Corte" (Excelentísima Corte), etc.

d) 2º *El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representan, y la naturaleza de la representación*. Debe individualizarse: entonces en forma precisa al actor, y si éste es persona jurídica o incapaz, debe individualizarse, además, al representante e indicarse el título de la representación.

Al hablar de nombre, el Código de Procedimiento Civil comprende tanto el nombre propiamente dicho, stricto sensu o nom-

bre de familia o apellidos, y el nombre propio, individual o de "pila". Debe indicarse, pues, el nombre completo del demandante y de su representante, si lo hay. La designación del nombre tiene importancia para que el demandado sepa quién lo demanda y pueda oponer las excepciones y defensas que procedan, y también para los efectos de la cosa juzgada.

La designación del domicilio del demandante tiene importancia y lo exige entonces el artículo 254, N° 2º, para los efectos de las notificaciones.

e) 3º *El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado*, es decir, la individualización de éste.

El nombre completo del demandado es indispensable, como en el caso del actor, para saber contra quién se dirige la demanda, para determinar su capacidad, para establecer la competencia relativa del tribunal y para apreciar los efectos de la cosa juzgada.

Tiene importancia el conocimiento del domicilio real del demandado para los efectos de la notificación de la demanda y para determinar la competencia relativa del tribunal. Si él se encuentra fuera de su territorio jurisdiccional, puede oponerse, llegado el caso, la excepción de incompetencia, que resultaría así probada por propia confesión del actor.

Si el juicio se ha preparado -tratándose de uno ejecutivo- por una gestión preparatoria de la vía ejecutiva donde se ha individualizado al ejecutado, no es necesario volver a individualizarlo en la demanda ejecutiva,¹⁹ otro tanto se puede decir del juicio ordinario que se ha preparado por una medida prejudicial. Pero para evitar dificultades es preferible individualizarlo nuevamente.

f) 4º *La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya*. Este requisito se refiere a la relación misma del pleito: deben indicarse con claridad los hechos, pues no sólo se exigen para la marcha regular del juicio, la admisión de la prueba y la referencia que a ellos debe hacerse en la sentencia, sino también para determinar la acción (pretensión) que se ejercita, la cual determina, a veces, la competencia del tribunal; y deben indicarse también los fundamentos legales, leyes y artícu-

¹⁹ C. de Valdivia, Rev. XXX-II-2ª-78.

los, en que se apoyan las pretensiones concretas que se someten al tribunal, lo que tiene por objeto facilitar al juez la calificación jurídica de la acción.¹⁴

g) 5º *La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal.* Es la parte petitoria de la demanda. En ellas se indican las cuestiones que se someten al juicio del tribunal. Las peticiones de la demanda, junto con las excepciones de la contestación, determinan la competencia del tribunal, y éste sólo puede pronunciarse sobre ellas, a menos que una disposición especial lo faculte para proceder de oficio.

3º *Documentos que se acompañan a la demanda*

18. NO ES OBLIGATORIO QUE LA DEMANDA SE PRESENTE CON LOS DOCUMENTOS EN QUE SE FUNDA

El artículo 255, inciso 1º, establecía: "El actor deberá presentar con su demanda los instrumentos en que se funde". Esta obligación del actor sólo se refería a los instrumentos que sirven de fundamento a la demanda; porque los demás pueden agregarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda instancia.¹⁵

19. CONSECUENCIAS QUE TENIA LA OMISION DE ACOMPAÑAR LOS DOCUMENTOS FUNDANTES

a) Si se omitía acompañar a la demanda los instrumentos que le servían de fundamento, exigiéndolo el demandado, los

¹⁴ El profesor don Hugo Pereira enseña que "no es indispensable citar artículos de textos legales; basta señalar los fundamentos de derecho. Si se cobra un crédito, indicar, por ejemplo, su origen (saldo de precio de compra-venta, renta insoluta de arrendamiento, préstamo, etc.), pero no es indispensable, repetimos, indicar textos. Al respecto cabe observar la diferencia de redacción entre el Nº 4º del art. 254 con el Nº 5º del art. 170 del C.P.C. Este último sí que exige para la sentencia la indicación de los textos legales, artículos, incisos y números de leyes o códigos en que se fundamenta la sentencia".

¹⁵ Vid. infra Nºs 122 y 138.

instrumentos que se presentaban después sólo se tomarían en consideración si el demandado los hacía también valer en apoyo de su defensa, o si se justificaba o aparecía de manifiesto que no pudieron ser presentados antes, o si se referían a hechos nuevos alegados en el juicio con posterioridad a la demanda, según lo disponía el inciso 2º del artículo 255. Esta sanción sólo se aplicaba cuando el demandado exigía que se acompañaran dichos documentos.

b) Si el demandado no exigía que se presentaran inmediatamente los documentos justificativos de la demanda, el actor los podía presentar con posterioridad durante el curso del juicio.

c) El legislador con el fin de superar los inconvenientes que causaba el determinar cuáles eran los instrumentos fundantes y el plazo que existía para impugnar los documentos que se acompañaban a la demanda, modificó el artículo 255 citado, estableciendo que "los documentos acompañados a la demanda deberán impugnarse dentro del término de emplazamiento, cualquiera sea su naturaleza".

En consecuencia, a partir de la modificación introducida por la Ley 18.705 no es obligatorio que el actor acompañe documento alguno a su demanda, no efectuándose en la actualidad ninguna distinción entre los documentos fundantes y aquellos que no revistan este carácter. El demandado carece del derecho de aprehibir al demandante para que acompañe los documentos fundantes a su demanda.

Además, el legislador estableció expresamente que si el actor acompaña en forma voluntaria cualquier documento a su demanda, el plazo que tendrá el demandado para impugnar lo será el término de emplazamiento.

4º *Cómo se provee la demanda*

20. PROVIDENCIA

Se provee con una resolución de mero trámite, que tiene por objeto dar curso progresivo a los autos. Esa providencia debe contener las siguientes enunciaciiones: 1º lugar y fecha exacta; 2º a lo principal, por interpuesta la demanda, traslado,

o simplemente traslado. Al respecto establece el artículo 257: "Admitida la demanda, se conferirá traslado de ella al demandado para que la conteste". El traslado no es otra cosa que la comunicación que se da a una de las partes litigantes de las pretensiones o escritos de la otra para que sea oída y exponga lo conveniente a sus intereses;¹⁶ 3º se proveerán como correspondían los demás otrosíes; así seguramente, los otrosíes que se refieren a la designación de abogado patrocinante y al apoderado se proveerán con un "téngase presente"; 4º deben señalarse el número de ingreso que se le asigna a la causa y la cuantía del juicio; y 5º debe llevar la firma del juez y del secretario.

5º Casos en que el juez puede de oficio no dar curso a la demanda

21. EL TRIBUNAL NO ESTA OBLIGADO A DAR CURSO A LA DEMANDA

a) Dispone el artículo 256: "Puede el juez de oficio no dar curso a la demanda que no contenga las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 254, expresando el defecto de que adolece". Estos tres primeros números se refieren a la designación del tribunal y la individualización de las partes.¹⁷ En este caso el actor deberá cumplir con lo ordenado por el tribunal, mediante un escrito que corrija la omisión.

b) Si los defectos de la demanda se refieren a los números 4º y 5º del artículo 254, o sea obscuridad u omisión en la relación de los hechos o fundamentos de derecho que sirven de base a la demanda, o vaguedad en la parte petitoria, no puede el tribunal, de oficio, no dar curso a la demanda. En estos casos, la petición sólo puede hacerla el demandado oponiendo la excepción dilatoria de ineptitud del libelo.¹⁸

¹⁶ TORO MELO, pág. 263.

¹⁷ Vid. supra N° 17, letras b), c) y d).

¹⁸ Vid. infra N° 36.

6º El emplazamiento

22. CONCEPTO

a) El emplazamiento es una notificación a la cual se le agrega la orden de que el demandado comparezca al tribunal a causa de que hay una demanda interpuesta en su contra o de que se ha deducido un recurso legal.¹⁹

b) No es lo mismo, ni en doctrina ni en nuestra legislación procesal, citación y emplazamiento, a pesar de que algunas legislaciones extranjeras les dan idéntico significado. "En el antiguo derecho romano, el emplazamiento era la *in ius vocatio*, o sea la intimidación que el actor hacía al demandado para que compareciera ante el magistrado; la citación era el llamado que el juez hacía a las partes o a los testigos durante el término de prueba".²⁰

c) El emplazamiento consta de dos elementos: 1º notificación hecha en forma legal; y 2º el transcurso del término que la ley señala al demandado para que comparezca al tribunal. En los próximos números nos referiremos a ellos.

d) El emplazamiento no es un hecho, no es un suceso o acaecer del mundo exterior, sino que es un resultado jurídico, producido por la notificación válida de la demanda y el transcurso del término para contestarla. Estimar hecho y recibir a prueba "si la demanda se encuentra debidamente emplazada en autos" es recibir a prueba la existencia o inexistencia de un trámite procesal que no puede ser considerado como substancial y controvertido.²¹

23. 1º NOTIFICACION DE LA DEMANDA

a) Una vez presentada y proveída la demanda debe notificarse; y como generalmente va a ser la primera gestión recaída en el juicio, debe notificarse personalmente, es decir, debe en-

¹⁹ BENAVENTE, *El juicio ordinario*, pág. 43.

²⁰ ALSINA, HUICO, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo II, pág. 67.

²¹ C. Sup. R.D.J. 1987, t. LXXXIV, 2ª Parte, sec. 1ª, p. 34, considerando 2º.

tregarse al demandado copia íntegra de la presentación y de la resolución recaída en ella (art. 40 inc. 1º). Al actor se le notifica por el estado diario (art. 40, inc. 2º).

b) No basta que la demanda sea notificada, sino que ella debe notificarse en forma legal; si no se notifica en forma legal, no puede producirse la relación procesal entre demandante y demandado y el tribunal; y si el juicio sigue tramitándose, todo lo actuado será nulo, por faltar un presupuesto en la relación procesal, cual es el emplazamiento.²²

24. 2º TERMINO DE EMPLAZAMIENTO

A él se refieren los artículos 258, 259 y 260, que contemplan diversas situaciones, que estudiaremos.

25. TERMINO DE EMPLAZAMIENTO PARA EL DEMANDADO QUE ES NOTIFICADO DENTRO DE LA COMUNA EN QUE FUNCIONA EL TRIBUNAL

a) Establece el artículo 258: "El término de emplazamiento para contestar la demanda será de quince días si el demandado es notificado en la comuna donde funciona el tribunal.

²² La notificación de la demanda tiene enorme importancia en el proceso. La C. Suprema, en sentencia publicada en Rev. XLII-II-113 ha hecho resaltar su valor. Dice en su parte pertinente: "Existe juicio, relación procesal entre las partes, desde que la demanda, presentada ante tribunal competente, ha sido válidamente notificada al demandado. Desde ese momento nacen relaciones jurídicas de carácter procesal que vinculan a las partes entre sí y a ellas con el tribunal, obligando a éste a tramitar y fallar la causa y a aquéllas a aceptar y acatar todos los pronunciamientos y resoluciones emanados del juez.

"Esa relación procesal produce múltiples y complejos efectos, tanto en lo substantivo como en lo procesal; pero los efectos de este orden que se han señalado precedentemente, tienden a destacar la función trascendental que en la litis desempeña la notificación del demandado, pues hace nacer el vínculo que lo liga con el actor y el tribunal, el que, con respecto del demandante y el tribunal, ya se había producido con la interposición de la demanda".

"Se aumentará este término en tres días más si el demandado se encuentra en el mismo territorio jurisdiccional pero fuera de los límites de la comuna que sirva de asiento al tribunal".

b) Estos plazos son legales, porque están señalados por la ley; fatales, por estar establecidos en el Código de Procedimiento Civil en favor de las partes y no del tribunal (art. 64); comunes, porque corren para todos los demandados a la vez hasta que expire el último término parcial que corresponde a los notificados (art. 260), y discontinuos, porque son plazos de días establecidos en el Código de Procedimiento Civil, entendiéndose suspendidos durante los feriados (art. 66).

c) El demandado tiene un término de 15 días para contestar la demanda, si se le ha notificado en la comuna donde tiene su asiento el tribunal; ésta es la regla general, y se atiende al lugar donde ha sido notificada al demandado y no donde tenga él su domicilio o residencia.

d) Este término puede aumentarse en tres días más si al demandado se le notifica dentro del territorio jurisdiccional, pero fuera de la comuna que sirve de asiento al tribunal.

26. TERMINO DE EMPLAZAMIENTO PARA EL DEMANDADO QUE ES NOTIFICADO FUERA DEL TERRITORIO JURISDICCIONAL QUE SIRVE DE ASIENTO AL TRIBUNAL

a) Dispone al efecto el artículo 259: "Si el demandado se encuentra en un territorio jurisdiccional diverso o fuera del territorio de la República, el término para contestar la demanda será de dieciocho días, y a más el aumento que corresponda al lugar en que se encuentre. Este aumento será determinado en conformidad a una tabla que cada cinco años formará la Corte Suprema con tal objeto, tomando en consideración las distancias y las facilidades o dificultades que existan para las comunicaciones.

"Esta tabla se formará en el mes de noviembre del año que preceda al de vencimiento de los cinco años indicados, para que se ponga en vigor en toda la República desde el 1º de marzo siguiente; se publicará en el Diario Oficial, y se fijará a lo menos, dos meses antes de su vigencia, en los oficios de todos los secretarios de Corte y Juzgados de Letras". Por acuerdo del Pleno de la

Corte Suprema de 6 de abril de 2004, publicado en el Diario Oficial de 20 de mayo de ese año, se determinó una nueva Tabla de Emplazamiento que debe regir a contar de los 60 días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial y hasta el último día del mes de febrero del año 2009, extendiéndose la vigencia de la Tabla de Emplazamiento determinada por acuerdo de 11 de marzo de 1999 hasta el día anterior de la entrada en vigencia de la nueva Tabla de Emplazamiento.^{22 bis}

b) Los 18 días señalados se aumentan entonces según lo indique la Tabla de Emplazamiento que cada cinco años confecciona la Corte Suprema, en los casos que la notificación de la demanda se haya practicado en otro territorio jurisdiccional o fuera de la República. En estos casos la notificación debe practicarse por medio de exhorto o carta rogatoria.

27. TÉRMINO DE EMPLAZAMIENTO PARA EL CASO QUE HAYA VARIOS DEMANDADOS

Estatuye el artículo 260: "Si los demandados son varios, sea que obren separada o conjuntamente, el término para contestar la demanda correrá para todos a la vez, y se contará hasta que expire el último término parcial que corresponda a los notificados".

27 A. TÉRMINO DE EMPLAZAMIENTO PARA EL CASO QUE HAYA VARIOS DEMANDANTES

En los casos en que proceda la pluralidad de demandantes de acuerdo al artículo 18, el plazo para contestar la demanda, determinado según lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se aumentará en un día por cada tres demandantes sobre diez que existan en el proceso. Con todo, este plazo adicional no podrá exceder de treinta días (art. 260 inc. 2º).

a) Esta nueva ampliación del término de emplazamiento se incorporó por la Ley 19.743, publicada en el Diario Oficial de 8 de agosto de 2001, que agregó un inciso segundo al artículo 260 del Código de Procedimiento Civil.

^{22 bis} Véase en Anexo de este libro nueva Tabla de Emplazamiento.

b) La ampliación del término de emplazamiento opera respecto de aquel plazo que se hubiere determinado conforme a lo dispuesto en los artículos 258 y 259 del Código de Procedimiento Civil, esto es, sobre los 15 o los 18 días, o los 18 días más la tabla de emplazamiento que se hubiere determinado, según si la notificación se efectuó al demandado dentro de la comuna; fuera de la comuna, pero dentro del territorio jurisdiccional del tribunal; o fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, respectivamente.

c) La ampliación es de un día por cada tres demandantes sobre diez que existan en el proceso, esto es, si los demandantes fueran entre trece y quince, el aumento será de un día adicional; si fueren dieciséis o diecisiete, será de dos días adicionales, y así sucesivamente.

d) Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que este plazo adicional no podrá exceder de treinta días, por lo que el término de emplazamiento no podrá en caso alguno superar el máximo de los 48 días.

e) Esta ampliación del plazo rige con un criterio uniforme para cualquier demandado en el proceso en caso que exista una pluralidad de demandantes que haga procedente la ampliación, dándose con ello plena aplicación al principio de igualdad que debe regir para quienes intervienen como partes en un proceso.²³

En este sentido, se dejó constancia en el informe de la Co-

²³ Consecuente con ello, la Ley 19.743 derogó los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Hacienda, de 1993. El artículo 49 establecía que "en los juicios ordinarios en que el Estado, el fisco o cualquiera otra entidad u organismo cuya representación judicial corresponda al Consejo, figuren como demandados, el término para contestar la demanda será de quince días y se aumentará con el emplazamiento que corresponda a la distancia entre Santiago y el lugar en que se promueva la acción. Por su parte, el artículo 50 señalaba que el plazo contemplado en el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil será de quince días para los recursos que se interpongan en los juicios en que intervenga el Consejo de Defensa del Estado, el que se aumentará conforme a la tabla de emplazamiento a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, hasta un plazo máximo total de 30 días, cuando el tribunal que haya pronunciado la resolución recurrida tenga su asiento en una comuna o agrupación de comunas diversa de aquella en que funciona el que haya de conocer el recurso".

misión Mixta de ambas Cámaras" del Congreso Nacional que aprobó el proyecto de ley, que "la derogación de los artículos 40 y 50 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado deja en pie de igualdad a este organismo, a los demás órganos públicos y a los particulares en relación con los plazos para contestar la demanda y para la interposición de los recursos de casación.

"Por otra parte, estimó que la enmienda que se plantea al Código de Procedimiento Civil recoge un aspecto importante, que permitirá al demandado, sea el Consejo de Defensa del Estado o cualquier otro organismo público, sea un particular, efectuar una mejor defensa frente a una multiplicidad de demandantes. De esta manera, no se afecta ninguna garantía constitucional, pues los criterios que sirven para determinar el aumento del plazo son objetivos y se basan en un antecedente de hecho que justifica tal ampliación.

Tuvo presente que todo aumento de plazos trae consigo una dilación del proceso. En este caso específico, además del término de emplazamiento en general, se están adicionando hasta treinta días hábiles, lo cual significa que el término para contestar la demanda podría ser de cuarenta y ocho días, sin considerar la tabla de emplazamiento, si el número de demandantes supera los cien. Coincidió, sin embargo, en que esta circunstancia será excepcional, puesto que la misma norma disuadirá la interposición de demandas con multiplicidad de actores y, si aun así se interpusieran, el plazo mayor para contestarlas se explica sobradamente".²⁴

28. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO

a) Notificada la demanda al demandado y transcurrido el término de emplazamiento, sea que dentro de él se haya producido la contestación ficta o efectiva de ella, queda formada válidamente la relación procesal. La relación procesal es el

vínculo jurídico que une a las partes entre sí y a ellas con el tribunal y cuyos efectos principales son el de obligar al tribunal a dictar su pronunciamiento y a las partes a pasar por lo que él resuelva en definitiva.²⁵

b) "La relación procesal, una vez formada, determina el tribunal que tendrá el derecho y deber exclusivo de dictar pronunciamiento en la controversia que a ella se refiere. Y, además, determina las personas para quienes será obligatorio ese pronunciamiento; son las que, como demandante y demandado, hayan concurrido a formar la relación procesal."²⁶

c) La notificación de la demanda crea para el demandado la obligación de comparecer ante el juez y defenderse; pero puede también no comparecer, mas en este caso va a quedar en evidente desventaja respecto a su contendor. Además, el demandado puede compareciendo allanarse a la demanda y reconvenir. Por consiguiente, el demandado puede asumir una vez que se le notifique la demanda las siguientes actitudes: defenderse, no defenderse, allanarse a la demanda y reconvenir. A continuación estudiaremos las situaciones en que el demandado se defiende o no.

29. EL DEMANDADO NO SE DEFIENDE

a) Una vez expirado el término de emplazamiento, que es fatal, se extingue o precluye por ese solo hecho la facultad de contestar la demanda por el demandado, y el tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá proveer lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo (art. 64). En este caso la providencia a dictar por el tribunal debería ser: declárase precluida la facultad del demandado para contestar la demanda por no haberse ejercido dentro del plazo fatal establecido al efecto; traslado para replicar.

b) Esta inactividad del demandado en primera instancia no tiene más alcance que provocar de pleno derecho y por el solo ministerio de la ley la preclusión de todas las facultades que no

²⁴ Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley que establece adecuaciones a la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. Boletín N° 2.455-07.

²⁵ SANTA CRUZ, *Las Nulidades Procesales*, pág. 17.

²⁶ SANTA CRUZ, *Las Nulidades Procesales*, pág. 23.

CAPÍTULO II

LAS EXCEPCIONES DILATORIAS

se ejercen dentro de los plazos fatales. En cambio, en segunda instancia tiene un alcance mayor: no se toma en cuenta al apelado. En primera instancia el demandado rebelde conserva el derecho de comparecer en cualquier momento a la instancia, pero con una grave limitación, pues debe aceptar todo lo obrado con anterioridad a su comparecencia, salvo que formule un incidente de nulidad de todo lo obrado por vicio de falta de emplazamiento en el procedimiento y éste se acoja, en cuyo caso el proceso comenzaría a tramitarse nuevamente. En este evento debe tenerse presente que operará la notificación de la demanda de acuerdo a lo previsto en el artículo 55 si es acogida la nulidad.

c) Precluido el derecho del demandado de contestar la demanda se produce lo que en doctrina se llama "contestación ficta de la demanda", pero ello no significa que el demandado acepte lo dicho en la demanda, porque en derecho quien calla no otorga, sino que sencillamente no dice nada; por consiguiente, el actor deberá probar los hechos en los que se basa su acción (pretensión).

30. EL DEMANDADO SE DEFIENDE

a) Esto es lo que ocurre ordinariamente en la práctica. El demandado puede defenderse oponiendo excepciones dilatorias, antes de contestar la demanda y contestándola. En la contestación de la demanda opone excepciones perentorias, alegaciones o defensas, e incluso puede reconvenir.

b) En los dos capítulos siguientes nos referiremos a las excepciones dilatorias y a la contestación de la demanda.

1º Generalidades

31. CONCEPTO

a) La excepción es lo contrario a la acción. Podemos decir que es toda defensa que el demandado alega para paralizar o extinguir los efectos de la demanda.²⁷

b) La palabra excepción encierra un doble contenido: uno substancial, que comprende toda defensa que el demandado opone a las pretensiones jurídicas del actor; y otro adjetivo o procesal propiamente tal, y que no afecta al derecho del actor en sí mismo, sino que tiene por objeto corregir vicios de procedimiento. La primera acepción comprende a las excepciones perentorias, que se oponen en el escrito de contestación a la demanda, y que se hallan reglamentadas en los Códigos de fondo (Civil, Comercial, etc.), y la última, a las excepciones dilatorias, legisladas en los Códigos de procedimiento.

c) Las excepciones dilatorias entonces son las que tienen por objeto corregir vicios de procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida (art. 303, Nº 6º). También se podría decir que son las defensas de forma del demandado. Mediante ellas el demandado se abstiene de contestar la demanda, no entra al fondo de la cuestión, sino que solicita previamente que se corrijan los vicios de que a su juicio adolece el procedimiento.

²⁷ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 83.

to. Es por ello que la Corte Suprema ha dicho que "las excepciones dilatorias, como su nombre lo indica, retrasan la entrada misma al pleito mientras no se subsane el defecto, pero no enerva el derecho del actor".²⁸

2º Estudio particular de las excepciones dilatorias

32. ENUMERACION

Las excepciones dilatorias están señaladas en el artículo 303. Su enumeración no es taxativa, por cuanto el N° 6º reconoce explícitamente que hay otras al decir que en general pueden oponerse como excepciones dilatorias "las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida".

Las excepciones que indica este artículo 303 son: la incompetencia, la incapacidad y falta de personería, la litispendencia, la ineptitud del libelo y el beneficio de excusión.

33. INCOMPETENCIA

a) Está señalada en el N° 1º del artículo 303, que dice: "Sólo son admisibles como excepciones dilatorias: 1º La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda".

b) La incompetencia del tribunal puede ser de dos clases: absoluta y relativa.

Es absoluta la incompetencia de un tribunal para conocer de un asunto cuando, por razón de la cuantía, de la materia o del fuero de los litigantes, corresponde su conocimiento a un tribunal de jerarquía diversa.

Es relativamente incompetente cuando, si bien el tribunal puede, en razón de la cuantía, de la materia, o del fuero, conocer de un asunto, éste debe llevarse a un tribunal con jurisdicción territorial diversa del suyo.

c) Son cuatro entonces los factores que hay que considerar para determinar la competencia de un tribunal, y ellos son: la cuantía, la materia, el fuero y el territorio. Los tres primeros determinan la jerarquía del tribunal, y el último, un tribunal determinado dentro de la jerarquía fijada por los anteriores.

d) La competencia del tribunal es un presupuesto o requisito procesal sin el cual no existe relación procesal válida. Y por esa razón ha establecido la ley la oportunidad de reclamar mediante una excepción dilatoria en contra de determinada demanda iniciada ante un tribunal absoluta o relativamente incompetente. Con ello se evita pérdida de tiempo.

e) Mediante la excepción dilatoria de incompetencia se puede reclamar tanto de la absoluta como de la relativa; la ley no distingue. Pero hay una importante diferencia. Tratándose de la primera, el tribunal, de oficio, puede declararse absolutamente incompetente para conocer de un determinado asunto, ya sea por razón de la cuantía, de la materia, o del fuero de los litigantes; la ley le exige al juez que examine la demanda y se niegue a dar curso a ella cuando se han infringido las reglas de la competencia absoluta. Ello resulta del inciso 4º del artículo 84, que le permite tomar las medidas necesarias que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento; ya que tramitándose un proceso ante un tribunal absolutamente incompetente, en cualquier momento las partes pueden reclamar de la nulidad de la relación procesal, trayendo como consecuencia la nulidad de todo lo actuado, lo que tiende a evitar la ley. Además, se lo exige perentoriamente el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales al establecer que el tribunal debe excusarse de conocer un asunto cuando es absolutamente incompetente.

f) En cambio, no podría excusarse en un caso de incompetencia relativa, o sea, en razón del territorio, pues los preceptos del Código Orgánico de Tribunales facultan a las partes para prorrogar la competencia al tribunal relativamente incompetente, esto es, para conferirle voluntariamente la competencia que naturalmente no tiene (arts. 181 y siguientes del C.O.T.).

g) Las excepciones opuestas con el carácter de dilatorias, una vez rechazadas, no pueden renovarse por vía de defensa o servir de base a una nulidad procesal, por impedírsele la excepción de cosa juzgada. Aceptando este principio la Corte Su-

²⁸ C. Sup., Rev. XXXI-1º-80.

prema ha establecido que desechada la incompetencia como excepción dilatoria, no cabe renovarla como defensa.²⁹

b) ¿Puede fundarse una excepción de incompetencia en el hecho de no haberse designado previamente el juzgado por la Corte de Apelaciones respectiva en los casos que proceda la distribución de causas? Creemos que no hay inconveniente alguno, pues son reglas de competencia relativa las que determinan el tribunal que deba conocer de un asunto en los lugares que existan dos o más jueces de la misma jurisdicción y que sean asiento de Corte, están incluidas en el Título VII del Código Orgánico de Tribunales, que trata de "La Competencia". Por estas razones consideramos que no se ajusta a derecho una sentencia de la I. Corte de Valdivia cuya doctrina establece que "no puede fundarse una excepción de incompetencia en el hecho de no haber sido designado previamente por la Corte respectiva ese juzgado para conocer de la demanda".³⁰ No obstante la opinión del autor, debemos advertir que nuestra jurisprudencia ha resuelto últimamente sobre la materia que la distribución de asuntos, contenciosos o voluntarios, entre varios jueces de un mismo departamento (hoy territorio jurisdiccional), no constituye una regla de competencia y sí, en cambio, una medida legal de orden puramente económico (C. Suprema, 9.10.1964, R.D.J., tomo LXI, sec. 1ª, pág. 310; C. Suprema, 11.5.1970, R.D.J., tomo LXVII, sec. 1ª, pág. 153, y C. Suprema, 24.3.81, F. del Mes N° 268, pág. 11).

i) La falta de jurisdicción de la justicia ordinaria ¿puede alegarse como excepción dilatoria basada en el N° 1º del artículo 303? Suele confundirse en la práctica la incompetencia absoluta o relativa del tribunal con la falta de jurisdicción de éste, las que son cosas muy diversas.

La jurisdicción es la potestad de juzgar, de administrar justicia, y como lo indica la etimología de la palabra ("juris dicere"), es la facultad de aplicar y declarar el derecho. En cambio, la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones (art. 108 del C.O.T.). Como lo dice Dalloz, la jurisdic-

²⁹ C. Sup., Rev. XXXII-II-1ª-167.

³⁰ C. de Valdivia, G.T. 1931, 2ª, s. 123, pág. 583.

ción es la facultad de juzgar y la competencia es la medida de la jurisdicción. Son, en consecuencia, cosas muy diversas la jurisdicción y la competencia; pero ante un caso concreto es muy difícil precisar con seguridad cuándo se trata de falta de competencia. El juez será quien lo determine en cada caso particular.

j) Es indudable que el artículo 303, N° 1º, al señalar la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal no se ha referido, además, a la falta de jurisdicción; porque esta excepción -la falta de jurisdicción- no puede tener por objeto corregir vicios de procedimiento, sino que va al fondo mismo del asunto. Si se acepta en un caso determinado la falta de jurisdicción de los tribunales chilenos, ello significa que no puede fallarse ese caso en Chile, que los tribunales ordinarios no pueden volver a conocer de ese asunto. ¿Y ello podría considerarse como un vicio de procedimiento, que no afectaría el fondo de la acción deducida? Indudablemente que no.

k) La oportunidad procesal para oponer la excepción de falta de jurisdicción es al contestar la demanda.

La falta de jurisdicción mira al fondo del asunto, a la materia misma, a la naturaleza del derecho que se ejercita y tiene como finalidad el rechazo absoluto y definitivo de la demanda por falta de acción en el actor para presentarse ante los tribunales ordinarios de justicia. Es ella una excepción de carácter perentorio que debe basarse en el artículo 1º.³¹ La Corte Suprema ha aclarado esta cuestión al establecer: "La excepción opuesta a una demanda fundada en la falta de jurisdicción de los tribunales chilenos para conocer de ella, es una excepción perentoria, puesto que conduce al rechazo absoluto y definitivo de la demanda por falta de acción en el demandante para ocurrir a los tribunales de justicia. La excepción dilatoria de incompetencia, o simple declinatoria de jurisdicción, sólo tiene por objeto desconocer la facultad de un determinado tribunal para intervenir en el asunto de que se trata pretendiendo llevar por este medio al conocimiento de la causa ante otro tribunal que se estima competente".³²

³¹ C. Sup., Rev. XXVII-II-1ª-588.

³² C. Sup., Rev. IV-II-1ª-581.

Incluso la jurisprudencia ha ido aún más lejos, pues se ha estimado en algunos fallos que si la falta de jurisdicción se opone como dilatoria, no puede oponerse como perentoria posteriormente, por cuanto queda reconocida tácitamente la jurisdicción de los tribunales de justicia ordinaria.³³

No obstante lo señalado por el autor, sobre esta materia es menester tener especialmente presente un fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema, en el cual, analizando la falta de jurisdicción, sostiene:

"Entre los derechos fundamentales de los Estados destaca el de su igualdad, y de esta igualdad deriva, a su vez, la necesidad de considerar a cada Estado exento de la jurisdicción de cualquier otro. Es en razón de la anotada característica, elevada a la categoría de principio de derecho internacional, que al regularse la actividad jurisdiccional de los distintos Estados se ha establecido como límite impuesto a ella, en relación con los sujetos, el que determina que un Estado soberano no debe ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro. Esta exención de los Estados extranjeros de la jurisdicción nacional se encuentra expresamente establecida en el ámbito del derecho vigente en nuestro país, por el artículo 333 del Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código de Bustamante, que dispone que los jueces y tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer de los asuntos civiles o mercantiles en que sean parte demandada los demás Estados contratantes, salvo el caso de ciertas excepciones, ninguna de las cuales guarda relación con el asunto en estudio. Que estos mismos principios restrictivos a que se ha hecho referencia, informan también el contenido de los artículos 22 y 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961, promulgada como ley de la República por Decreto Supremo N° 666, de 9 de noviembre de 1967 y publicada en el Diario Oficial de 4 de marzo de 1968 que establecen, respectivamente, la inviolabilidad de los locales de una misión y la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos. Que la demanda instaurada por el señor Abraham Se-

nerman en los autos tramitados ante el Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago aparece, según ya se ha visto, in cuestionablemente dirigida contra el Estado de la República de Cuba y con el preciso objeto de obtener la nulidad de la compra de un inmueble que para dicha República adquirió, quien la representaba en calidad de Embajador ante nuestro país, y esta sola circunstancia, al margen de todo otro tipo de consideraciones, permite concluir que el juez del mencionado Quinto Juzgado ha carecido de jurisdicción para conocer de la aludida demanda y para pronunciar la sentencia de 16 de enero último. De acuerdo, además, con lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política de la República y 537, 540 y 541 del Código Orgánico de Tribunales, se resuelve: A) Procediendo esta corte de oficio se deja sin efecto la sentencia definitiva de 16 de enero del año en curso, escrita a fojas 29, y todo lo actuado en el juicio rol N° 3397-74 del Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago seguido por don Abraham Se-nerman Rapaport contra don Mario García Incháustegui, por haber carecido ese tribunal de jurisdicción para tramitar y fallar dicho pleito" (Queja, 2.6.1975. R.D.J., tomo LXXII, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 55 y 56). De acuerdo con ello, se ha sostenido por la doctrina que la falta de jurisdicción acarrea la inexistencia del acto, reclamable en cualquier tiempo, por la vía de la simple queja (C.P.R. art. 7º, C.O.T. art. 536), incluso directamente ante la Corte Suprema. No se sanciona por la ejecutoriedad del fallo que no existe, y tan sólo pasa en autoridad de cosa juzgada aparente (Francisco Hoyos H., ob. cit., pág. 65).

34. INCAPACIDAD Y FALTA DE PERSONERÍA

a) Contempla como excepción dilatoria de incapacidad y falta de personería el artículo 303, N° 2º, que establece: "Sólo son admisibles como excepciones dilatorias: ...2º La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre".

b) El precepto transcrito comprende tres situaciones: 1º falta de capacidad. Para interponer una acción se requiere tener capacidad, o sea, habilidad para parecer en juicio por sí mis-

³³ C. Sup., Rev. XX-II-1ª-401.

mo, sin el ministerio, autorización o intervención de otra persona; 2º la insuficiencia o falta de representación convencional o personería del actor, como por ejemplo, si éste demanda a nombre de un tercero en virtud de un poder que no le faculta para ello; o si un socio acciona a nombre de la sociedad sin estar facultado en el pacto social; 3º falta de representación del actor, como la que tiene el padre sobre el hijo no emancipado, el curador del demente sobre este último, etc.

c) El Código de Procedimiento Civil no contiene norma alguna que se refiera a esta materia; por consiguiente deben aplicarse las reglas generales que establecen los Códigos y leyes substantivos (Códigos Civil, Comercial, Ley sobre Sociedades Anónimas, etc.).

d) La capacidad del actor, al igual que una suficiente representación legal o convencional, en los casos que sea necesario, son requisitos fundamentales para que pueda producirse una relación procesal válida. Si el actor es incapaz o carece de personería o representación legal suficiente, la relación procesal que se produzca con el demandado será nula, y la sentencia que se dicte carecerá de eficacia. Por esta razón la ley autoriza al demandado para que oponga la correspondiente excepción de nulidad consignada en el artículo 303, N° 2º. También puede solicitar la nulidad de todo lo obrado por existir un vicio en la constitución misma del proceso, pero en este caso deberá observar lo dispuesto en los artículos 83, 84, 85 y 86, que regulan estos incidentes de nulidad procesal.

e) La sentencia que niega lugar a la excepción dilatoria de falta de personería es interlocutoria y produce los efectos de cosa juzgada, por lo que no puede el tribunal acoger la misma excepción opuesta posteriormente como defensa.³⁴

f) Si se opone como dilatoria la excepción de falta de personería basada no en la capacidad procesal del actor, sino en la calidad con que obra (es decir, se ataca uno de los elementos de la propia acción del demandante), ésta debe rechazarse por que no es dilatoria sino de fondo. Pondremos un ejemplo para aclarar estos conceptos: A demanda a B cobrándole alimentos,

³⁴ C. Sup., Rev. XXVIII-II-1º-301.

basado en su calidad de hijo ilegítimo. B opone como dilatoria la de falta de personería, basándose en que A no es hijo suyo, o sea, le niega la calidad de obrar, pero no su capacidad para estar en juicio. En este mismo sentido, se ha declarado que "la alegación de falta de legitimación pasiva es una excepción que mira al fondo de la acción y no a la corrección de un vicio del procedimiento, por lo que no se puede oponer como excepción dilatoria (Corte Suprema 26/04/1994, Rol N° 2.242, Considerando 4º).

Sin embargo, nada obsta que rechazada como excepción dilatoria, por no ser tal, pueda oponerse posteriormente como perentoria, al contestarse la demanda.³⁵

g) Si se opone la falta de personería como defensa, al contestarse la demanda, conjuntamente con otras excepciones perentorias, como la de pago, compensación, etc., aceptada la primera el tribunal no puede entrar a conocer de las otras excepciones también opuestas.³⁶ Este mismo principio puede hacerse extensivo a las otras excepciones dilatorias opuestas como defensas (incompetencia, litispendencia, ineptitud del libelo).

35. LITISPENDENCIA

a) Está señalada en el N° 3º del artículo 303: "Sólo son admisibles como excepciones dilatorias: ...3º La litispendencia".

b) Para que proceda la litispendencia es necesario que haya otro juicio, seguido entre las mismas partes y persiguiendo la misma causa y objeto. Cuatro son los requisitos o presupuestos de la litispendencia: 1º que exista un juicio pendiente, sea ante el mismo tribunal o ante otro; 2º identidad legal de personas; 3º identidad de objeto, y 4º identidad de causa de pedir.

c) 1º *Que exista un juicio pendiente*. Para que exista un juicio pendiente no es necesario que se haya trabado la litis; basta con la notificación de la demanda, porque desde ese momento se produce la relación procesal. La notificación de la demanda

³⁴ C. Sup., Rev. XXXI-II-1º-370.

³⁶ C. Sup., G.T. 1930, 2º, s. 29.

es en todo caso un requisito fundamental. No es suficiente una simple petición incidental en otro juicio, sino que se requiere una demanda formal; por consiguiente, no procede fundar la excepción de litispendencia en la existencia de un incidente sobre medidas prejudiciales.³⁷ No hay juicio pendiente —por ende, no procede la litispendencia fundada en el mismo— si el juicio ha concluido por sentencia firme, aunque esté pendiente la liquidación de las cosas; tampoco lo hay cuando ésta ha concluido por conciliación, por desistimiento de la demanda, por abandono del procedimiento o por transacción.

d) Algunas legislaciones extranjeras —y antiguamente la nuestra— exigen que el juicio pendiente debe tramitarse ante otro tribunal. Sin embargo, ello no es necesario en nuestra legislación ahora vigente, por las siguientes razones: en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil del año 1893 aparecía redactado el N° 3° del artículo 293, que corresponde al 303 actual, en esta forma: "Sólo son admisibles como excepciones dilatorias: ...3° La litispendencia en otro tribunal competente". La Comisión Revisora suprimió la frase "en otro tribunal competente", dejando solamente "la litispendencia", como aparece actualmente, y se dejó constancia en las Actas que esta excepción procede tanto en el caso que el demandado o demandante deduzcan sus demandas ante otro tribunal o ante el mismo. Sin embargo, tratándose del juicio ejecutivo, el artículo 464, N° 3°, contempla esta excepción estableciendo la procedencia de "la litispendencia ante tribunal competente, siempre que el juicio que le da origen haya sido promovido por el acreedor, sea por vía de demanda o reconvencción".

e) 2° *Identidad legal de personas*. No basta que se trate de la identidad de las personas, sino que debe tratarse de una identidad legal o jurídica. No es suficiente la identidad física, ya que una persona física puede constituir, desde el punto de vista legal, dos o más personas legales diversas; y, a la inversa, dos personas físicas pueden constituir una sola persona legal.

f) 3° *Identidad de la cosa pedida*. Cuando se habla de la cosa pedida no se trata del objeto material, sino del beneficio jurídico perseguido en el juicio.

³⁷ C. Sup., Rev. XXVI-II-1ª-214.

g) 4° *Identidad de causa de pedir*. Esta identidad está constituida por las razones o motivos, hechos o fundamentos que inducen a reclamar un derecho. Es el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho que se reclama.

h) La jurisprudencia ha establecido que rechazada la excepción de litispendencia queda virtualmente desechada la petición del demandado para que se haga la declaración de que el demandante debe hacer valer sus derechos en el juicio en que se funda su excepción,³⁸ que para que proceda la litispendencia es necesario no solamente que haya identidad de litigantes y del contrato de que se derivan las acciones ejercitadas —lo cual daría mérito para una acumulación de autos—, sino que es preciso que sean iguales las acciones entabladas en ambos juicios.³⁹

36. INEPTITUD DEL LIBELO

a) Esta excepción dilatoria está indicada en el N° 4° del artículo 303, que dice: "Sólo son admisibles como excepciones dilatorias: ...4° La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda".

b) Al estudiar los requisitos comunes a toda demanda dijimos que ésta debía contener la designación del tribunal, la individualización de las partes, la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se basa y las peticiones que se someten al tribunal;⁴⁰ también vimos que si a la demanda le faltaban las dos primeras menciones —la designación del tribunal y la individualización de las partes— el juez podía desecharla de oficio.⁴¹ Pero puede ocurrir que a pesar de faltarle a la demanda esas menciones, o de faltarle las demás que exige el artículo 253, el juez dé curso a la demanda. Son precisamente en estos casos en los que se puede oponer excepción de ineptitud del libelo. Para que esta excepción proceda, la demanda debe

³⁸ C. Sup., Rev. XXVI-II-1ª-509.

³⁹ C. de Concepción, G.T. 1928, 2°, s. 188.

⁴⁰ Vid. supra N° 17.

⁴¹ Vid. supra N° 21.

ser vaga, ininteligible, falta de precisión en lo que se pide, susceptible de aplicarse a varias personas, etc.; en fin deben faltarle algunas de las menciones del artículo 254 o estar éstas mal expuestas.

c) Veamos algunos casos de jurisprudencia:

Para que proceda la excepción en estudio, por falta de designación de la persona del demandado, es menester que la identificación de éste falte de una manera absoluta o de tal modo que haga imposible su determinación con precisión.⁴²

El hecho de no acompañar el demandante a su demanda los documentos en que se funda, no puede servir de base a una excepción de ineptitud del libelo,⁴³ y ello es natural porque esa omisión estaba sancionada en otra forma por el artículo 255.⁴⁴

No procede sostener que la demanda es inepta por la circunstancia de que el demandado reduzca con posterioridad sus pretensiones, ya que al limitar éstas no menoscaba en manera alguna los derechos de la parte demandada.⁴⁵

Aceptada la excepción de ineptitud del libelo, el juez no puede pronunciarse sobre las excepciones de fondo opuestas, que tienen el carácter de incompatibles con la aceptación de la primera.⁴⁶

37. BENEFICIO DE EXCUSION

a) Está indicado en el artículo 303, N° 5°.

b) El beneficio de excusión es el derecho del fiador en virtud del cual puede exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda (art. 2357 del C.C.).

⁴² C. de Concepción, G.T. 1921, 1°, s. 202, pág. 875.

⁴³ C. de Concepción, G.T. 1921, 1°, s. 209, pág. 890.

⁴⁴ Vid. supra N°s 18 y 19.

⁴⁵ C. de Santiago, Rev. XXX-2°, 17.

⁴⁶ C. Sup., Rev. XXVII-1°, 155.

38. OTRAS EXCEPCIONES DILATORIAS

El artículo 303, N° 6°, da margen para que el demandado oponga en carácter de dilatorias todas aquellas que tengan por objeto corregir vicios de procedimiento, sin afectar el fondo de la acción deducida.

Esta misma disposición, contenida en el N° 6°, es la que le quita el carácter de taxativa a la enumeración del artículo 303 y define con carácter genérico la excepción dilatoria.

3º Excepciones perentorias que pueden oponerse como dilatorias

39. ENUMERACION

a) Existen ciertas excepciones que a pesar de ser perentorias, pueden oponerse como dilatorias. Son las excepciones de cosa juzgada y transacción. La de transacción está en el artículo 2°, del Título VIII del Libro III del Código de Comercio fue derogada por la Ley N° 18.680, publicada en el Diario Oficial de 11 de enero de 1988. Ellas son perentorias o de fondo porque miran a la existencia misma del derecho de acción (de la pretensión); no tienen por objeto suspender la entrada al juicio, como las excepciones dilatorias, sino que tienen por objeto obtener el rechazo de la acción (pretensión) en la sentencia definitiva. Sin embargo, el artículo 304 admite que estas dos excepciones puedan oponerse y tramitarse del mismo modo que las dilatorias.

b) ¿Por qué esta disposición? Sencillamente por una razón de economía procesal. Qué objeto tiene entrar al pleito cuando se sabe que la demanda debe ser rechazada, pues el demandado ha opuesto las excepciones de cosa juzgada o transacción. Es preferible permitir que se oponga antes de entrar al fondo del asunto in limite litis, para que el juez concrete el examen del proceso a esas excepciones.

c) Sin embargo, la ley permite al juez reservar el fallo de esas excepciones para definitiva y mandar contestar sobre el fondo, pues el artículo 304 en su parte final dispone: "pero, si son de lato conocimiento, se mandará contestar la demanda, y se reservarán para fallarlas en la sentencia definitiva".

d) No es obligatorio que el demandado oponga estas excepciones in limite litis, puede oponerlas en el escrito de contestación, pues estas excepciones son por naturaleza de fondo, y es, precisamente, en este escrito donde deben oponerse tales excepciones.

e) El artículo 304 puso término a la distinción clásica de excepciones mixtas o anómalas, que existían en la antigua legislación española.⁴⁷

4º *Excepciones dilatorias que pueden oponerse en segunda instancia*

40. ENUMERACION

a) Pueden oponerse en segunda instancia las excepciones dilatorias de incompetencia del tribunal y de litispendencia, en forma de incidente (art. 305, inciso final).

b) La jurisprudencia ha estimado que estas excepciones pueden oponerse en segunda instancia en forma de incidente, que debe ser considerado y fallado por medio de un simple auto, antes de la sentencia definitiva.⁴⁸

5º *Tramitación*

41. OPORTUNIDAD EN QUE DEBEN Oponerse

a) Las excepciones dilatorias deben oponerse dentro del término de emplazamiento y antes de contestar la demanda. "Las excepciones dilatorias deben de oponerse ... dentro del término de emplazamiento fijado por los artículos 258 a 260" (arts. 305, inc. 1º, y 64).

b) Agrega el inciso 2º: "Si así no se hace, se podrán oponer en el progreso del juicio sólo por vía de alegación o defensa, y se estará a lo dispuesto en los artículos 85 y 86". Más adelante tendremos oportunidad de referirnos a este inciso 2º.

⁴⁷ Vid. TORO MELO, pág. 291.

⁴⁸ C. Sup., Rev. XIII-II-1º-403.

42. FORMA COMO DEBEN Oponerse

Las excepciones dilatorias deben oponerse todas en un mismo escrito (art. 305). Así, por ejemplo, si el demandado puede oponer cuatro, las cuatro deben formularse en el mismo escrito. Esta disposición es lógica, porque en caso contrario los juicios se alargarían indefinidamente, pues el demandado de mala fe las iría formulando de una en una.

43. PROCEDIMIENTO

a) Las excepciones dilatorias se tramitan en forma de incidente (art. 307, inc. 1º), y no se substancian en cuaderno separado, sino en el principal.

b) Opuestas las excepciones dilatorias por el demandado, se confiere traslado de ellas por tres días al demandante para que responda, y vencido este plazo, haya o no evacuado el trámite, resolverá el tribunal la cuestión, si, a su juicio, no hay necesidad de prueba. Si ella es necesaria, debe abrirse un término de ocho días para que dentro de él se rinda la prueba y transcurrido éste se dicta resolución.⁴⁹

c) Las excepciones dilatorias opuestas conjuntamente deben fallarse todas a la vez, pero si entre ellas figura la de incompetencia del tribunal y se acoge, se abstendrá de pronunciarse sobre las demás, lo cual se entiende sin perjuicio de que el tribunal de alzada, conociendo de la apelación de la resolución que dio lugar a la excepción de incompetencia, pueda fallar las otras sin necesidad de nuevo pronunciamiento del tribunal inferior para el caso de que no dé lugar a la incompetencia (art. 306 en concordancia con el 208).

d) Si se desechan las excepciones dilatorias o se subsanan por el demandante los defectos de que adolecía la demanda, tendrá el demandado 10 días para contestarla, cualquiera que sea el lugar en donde le haya sido notificada (art. 308). Según esto, pueden producirse dos situaciones: 1º se desechan las ex-

⁴⁹ Vid. arts. 89, 90 y 91.

cepciones dilatorias por ser improcedentes, o sea, el tribunal falla "no ha lugar", porque en su concepto no hay vicio alguno. En este caso, el demandado tiene el término de 10 días desde la notificación de la resolución, para contestar la demanda, el que no puede ampliarse, y 2º se acogen las excepciones dilatorias. El demandado debe subsanar los defectos de la demanda, y desde el momento que ellos se subsanan el demandado tiene el mismo plazo de 10 días para contestarla.

Además de lo señalado por el autor, es factible que se presente una tercera situación, esto es, que se acoja una excepción dilatoria de aquellas que no pueden ser subsanadas por el demandante, como es la incompetencia del tribunal, en cuyo caso la resolución pone término al procedimiento.

44. APELACION DE LA RESOLUCION QUE FALLA LAS EXCEPCIONES DILATORIAS

a) La resolución que falla las excepciones dilatorias es apelable, porque se trata de una sentencia interlocutoria (art. 159, inc. 3º), y la regla general es que estas resoluciones son apelables (art. 187).

b) La forma como se concedía la apelación era distinta según se tratara de una resolución que acogía o rechazaba las excepciones. En el primer caso, la apelación se concedía en ambos efectos, porque la regla general en materia de apelaciones es que ella comprenda ambos efectos, y no había disposición alguna que estableciera que la apelación de la resolución que acoge las excepciones dilatorias debía concederse únicamente en el efecto devolutivo. Sin embargo, la Ley Nº 18.705 modificó el Nº 2º del artículo 194, estableciendo que "...se concederá apelación sólo en el efecto devolutivo: ...".^{2º} De los autos, decretos y sentencias interlocutorias". En consecuencia, en la actualidad, de acuerdo a esta nueva norma legal, no cabe duda que la apelación debe concederse en el solo efecto devolutivo.⁵⁰

⁵⁰ Vid. arts. 193 y 194.

Esta nueva forma de conceder la apelación respecto de una resolución que coja una excepción dilatoria no resulta muy comprensible, sobre todo respecto de aquellas dilatorias que importan el término del procedimiento, puesto que carece de objeto mantener la competencia del tribunal de primera instancia en virtud del efecto devolutivo para seguir conociendo de un proceso, que se encuentra terminado en virtud de la excepción acogida por la resolución impugnada.

En el segundo caso, es decir cuando la resolución rechaza las excepciones dilatorias, la apelación se concede también en el solo efecto devolutivo. Lo dice expresa y específicamente el inciso 2º del artículo 307: "La resolución que las desecha será apelable sólo en el efecto devolutivo".⁵¹ Además, dicha resolución es apelable en el solo efecto devolutivo por aplicación de la nueva regla general consignada en el artículo 194 Nº 2º, considerando de objeto en la actualidad mantener la norma establecida en el inciso 2º del artículo 307.

Por consiguiente, al concederse siempre en el solo efecto devolutivo la apelación en contra de la resolución que falla una excepción dilatoria, el juicio se debe seguir tramitando en primera instancia.

Para los efectos de determinar la procedencia del recurso de casación debemos tener presente que se ha declarado que la resolución que rechaza la excepción dilatoria del Nº 6 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil no reviste la naturaleza jurídica de una sentencia definitiva inapelable, ni interlocutoria inapelable que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, razón por la cual resulta inadmisibile el recurso de casación en el fondo (Corte Suprema, R.D.J. 2000, t. XCVII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 90, C. 3º).

⁵¹ Esta disposición fue modificada por la Ley Nº 7.760, de 5 de febrero de 1944. Antes de la reforma, la resolución era apelable en ambos efectos, paralizándose la tramitación del juicio en primera instancia hasta que fuera fallada la apelación por la Corte, la que generalmente la confirmaba, pero ya se había ocasionado un gran retraso.

6ª La excepción dilatoria y el incidente de nulidad

45. CONCEPTO

- a) Las excepciones dilatorias pueden hacerse valer, como tales excepciones, dentro del término de emplazamiento para contestar la demanda.
- b) Pero ésta no es la única oportunidad en que ellas se pueden hacer valer, ya que el inciso 2º del artículo 305, al remitirse a los artículos 85 y 86, está aceptando expresamente que las excepciones enumeradas en el artículo 303 puedan servir de base para plantear incidentes de la nulidad de todo lo obrado en el proceso.

c) Examinemos esta situación. Para que la sentencia que dicte el juez obligue a las partes, o sea, produzca los efectos de la cosa juzgada, es preciso que haya sido dictada por un juez que tenga jurisdicción y competencia para ello y que las partes que intervienen en el proceso se hayan sometido a su potestad, y se entienda esto último desde que queda formada la relación procesal.⁵² En consecuencia, los elementos que intervienen en la formación de la relación procesal válida son tres: el juez, las partes —que son los sujetos de la relación procesal— y los actos procesales constitutivos de ella. El juez no sólo debe tener jurisdicción, sino que también debe ser competente; si no lo es, no puede haber relación procesal válida, y por ende todo lo actuado ante él será nulo. Las partes deben ser capaces para comparecer en juicio, y si no lo son, deben llenar los requisitos exigidos por las leyes para la comparecencia de incapaces: la intervención de incapaces en la relación procesal la vicia de nulidad. Y, finalmente, el tercer elemento que interviene en la formación de la relación procesal son los actos procesales constitutivos de ella y que son tres, a saber: la demanda, la resolución del juez que ordena tenerla por presentada y que confiere traslado al demandado, y el emplazamiento que, según lo hemos visto, está constituido por la notificación válida de la resolución que recae sobre la demanda y el término de emplazamiento.⁵³ Si falta cual-

quiera de los elementos que hemos indicado, no puede haber relación procesal válida.

Si comparamos las excepciones dilatorias comprendidas en los cuatro primeros números del artículo 303, veremos que ellas corresponden exactamente a los elementos o presupuestos de la relación procesal. Así, si el tribunal ante el cual se presenta la demanda es incompetente (excepción dilatoria comprendida en el N° 1º), o si el demandante es incapaz o la persona que comparece a su nombre no tiene personería o representación legal suficiente (excepción comprendida en el N° 2º), o si a la demanda le falta algún requisito legal (excepción comprendida en el N° 4º), no puede haber, en ninguno de estos casos, relación procesal válida y, por consiguiente, todo lo que se haya actuado en el proceso podrá ser anulado; y, en este evento, esas excepciones dilatorias —la de incompetencia, falta de capacidad y personería y la de ineptitud del libelo— servirán de base del incidente que se plantea para anular todo lo obrado. En la actualidad, la posibilidad de alegar con posterioridad una excepción dilatoria como incidente de nulidad es bastante limitada, puesto que el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil establece que la nulidad sólo podrá impetrarse dentro de cinco días contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal.

⁵² Vid. nota 22, Primera Parte.

⁵³ Vid. supra N°s 22 a 28.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEMÁS TRÁMITES HASTA EL ESTADO DE PRUEBA O SENTENCIA

Primera Sección

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1º Generalidades

46. RECAPITULACIÓN

Al estudiar los efectos del emplazamiento dijimos que una vez notificada la demanda el demandado podía asumir dos actitudes: defenderse o no. Si no se defendía el demandado dentro del término de emplazamiento, precluía por el solo ministerio de la ley su facultad de contestar la demanda. También el demandado puede no defenderse contestando la demanda y allanándose a ella.⁵⁴

La otra actitud que podía asumir el demandado era la de defenderse, sea oponiendo previamente excepciones dilatorias⁵⁵ o/y contestando la demanda. Puede contestar la demanda de inmediato, sin que haya opuesto previamente excepciones dilatorias, o una vez desechadas éstas o subsanados por el demandante los defectos de que adolecía su demanda.⁵⁶ Estudiaremos ahora el trámite de la contestación de la demanda.

⁵⁴ Vid. infra N.ºs 54, 55 y 56.

⁵⁵ Han sido estudiadas en el Capítulo II, Primera Parte.

⁵⁶ Vid. supra N.º 43.

47. CONCEPTO

a) La contestación de la demanda tiene para el demandado la misma importancia que la demanda para el actor, ya que en ella aquél se opone a las pretensiones de éste. Con la contestación de la demanda —ficta o efectiva— queda integrada la relación procesal entre demandante y demandado y el tribunal.

b) La demanda y la contestación a ella forman la cuestión controvertida. Ellas enmarcan los poderes del juez; éste al decidir el pleito debe tomar en cuenta todas las acciones (pretensiones) contempladas en la demanda y todas las excepciones de la contestación; si no lo hace, el fallo es nulo por falta de decisión del asunto controvertido; la nulidad se hace efectiva mediante el recurso de casación en la forma. Debe, asimismo, fallar nada más que esas acciones (pretensiones) y esas excepciones, so pena de fallar ultra petita, que da lugar al mismo recurso (art. 768, N.º 4º). Al respecto existe numerosa jurisprudencia: 1º la cuestión controvertida se establece en los escritos de fondo del pleito —la demanda y su contestación—, con los cuales la sentencia debe guardar absoluta conformidad y congruencia, siendo además necesario que considere el mismo objeto y la causa de pedir a que los litigantes se hubieren referido en sus acciones y excepciones opuestas en tiempo y forma (Corte Suprema, R.D.J. 1993, t. XC, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 145, C. 13. En el mismo sentido Corte Suprema, R.D.J. 1988, t. LXXXV, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 129); 2º tanto las acciones como las excepciones deben plantearse formalmente en el juicio y solicitarse un pronunciamiento del tribunal a su respecto y no procede que se deduzcan sólo de los razonamientos que se contengan en los escritos presentados por las partes (Corte Suprema, R.D.J. 1980, t. LXXVIII, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 138, C. 3º); 3º el asunto controvertido que debe ser objeto del fallo es el que resulta de las acciones y excepciones opuestas en los escritos de demanda y contestación, ya que en los escritos posteriores las partes sólo pueden ampliar, adicionar o modificar aquellas mismas acciones y excepciones;⁵⁷ 4º si no se ha contestado la demanda y las

⁵⁷ C. Sup., Rev. XXVII-II-1º-114.

excepciones y defensas se hacen valer en la réplica, el pleito queda limitado a la justificación de la demanda,⁵⁸ 5º el juez no tiene obligación de fallar las excepciones opuestas en el escrito de réplica, por cuanto el asunto controvertido queda fijado en los escritos de demanda y contestación, quedando fuera de él las excepciones opuestas extemporáneamente,⁵⁹ y 6º las sentencias definitivas deben pronunciarse sobre las acciones y excepciones que las partes deduzcan.⁶⁰

c) Con la contestación de la demanda quedan también fijados los hechos sobre los cuales las partes deben rendir su prueba (art. 318).

d) La contestación de la demanda tiene por objeto oponer a las pretensiones del actor las excepciones y defensas pertinentes; se puede definir diciendo que es un escrito en el cual se oponen las excepciones y defensas que el demandado tiene que ejercitar contra el actor.⁶¹

e) Las excepciones que opondrá son las perentorias que no están enumeradas e indicadas en el Código de Procedimiento Civil y son tantas cuantas imagine el demandado; generalmente serán los modos de extinguir las obligaciones, tratadas en los Códigos substantivos; sin embargo, pueden ser otras. Así, por ejemplo, el demandado podrá atacar los elementos de la acción o alegar que el actor no tiene las condiciones necesarias para ejercitar la acción que conduce, ya sea porque no tiene derecho a ella o porque no tiene interés actual para litigar. La jurisprudencia ha indicado que la excepción que opone el demandado por falta de acción en el demandante para ocurrir a los tribunales de justicia, no es dilatoria, sino perentoria, que conduce al rechazo absoluto y completo de la demanda.⁶²

⁵⁸ C. Sup., Rev. XXV-II-1º-415.

⁵⁹ C. Sup., Rev. XXVIII-II-1º-20.

⁶⁰ C. Sup., Rev. XXXII-II-1º-200.

⁶¹ BENAVENTE, *El juicio ordinario*, pág. 49.

⁶² C. de Temuco, G.T. 1934, 1º, s. 90, pág. 470.

2º Forma y contenido de la contestación

48. REQUISITOS EXTERNOS

a) La contestación, al igual que la demanda, debe reunir los requisitos generales de todo escrito⁶³ y los especiales indicados en el artículo 309. Como generalmente será la primera presentación que se haga en el juicio por el demandado (salvo que se hayan opuesto previamente excepciones dilatorias), deberá cumplirse con los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 18.120 sobre Comparecencia en Juicio, esto es, deberá ir patrocinada por un abogado habilitado en el ejercicio de la profesión y deberá también conferirse poder a persona hábil para comparecer en juicio, a menos que el demandado reúna esos requisitos.⁶⁴

b) La contestación de la demanda debe hacerse en el escrito que la ley señala y no en otro posterior,⁶⁵ y sus requisitos especiales que señala el artículo 309 son:

1º La designación del tribunal ante quien se presenta.⁶⁶

2º El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado; esto es, debe individualizarse. Tiene importancia esta individualización para los efectos de las notificaciones y de la cosa juzgada. Respecto a las notificaciones debe tenerse en cuenta que el artículo 49 dispone que todo litigante deberá, en su primera gestión judicial, designar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione el tribunal respectivo, y si no lo hace incurrir en la sanción del artículo 53, es decir, todas las resoluciones que deben notificarse por cédula se harán por el estado diario.⁶⁷

3º Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se

⁶³ Vid. supra Nº 16.

⁶⁴ La C. Suprema (Rev. XLI-II-1º-20) ha fallado que "si no se ha reclamado de la falta de indicación y firma de abogado patrocinante en la primera presentación de la contraparte, puede cumplirse con este requisito durante el curso del juicio". Dicha omisión da lugar a un rec. cas. forma.

⁶⁵ C. Sup., Rev. XIV-II-1º-407.

⁶⁶ Vid. supra Nº 17, letra b).

⁶⁷ Vid. supra Nº 17, letras c) y d).

apoyan. Esta disposición, al igual que la del artículo 312, al usar la palabra "excepciones", se refiere tanto a ellas, a las excepciones strictu sensu, como a las defensas, conceptos que en sustancia son diferentes. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.⁶⁸

4º La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.⁶⁹

c) Este artículo 309 es sólo ordenatorio de la litis y no contiene ningún precepto de fondo, pues se refiere únicamente a los requisitos de la contestación de la demanda; y por su propia naturaleza no puede servir de base para fijar el sentido en que debe resolverse la litis, por lo cual no procede fundar en su infracción un recurso de casación en el fondo, ya que carece de influencia en lo dispositivo del fallo.⁷⁰

49. CONTENIDO DE LA CONTESTACIÓN

El contenido de la contestación se refiere a las alegaciones o defensas y a las excepciones que puede oponer el demandado a la acción del actor.

También el demandado se puede defender atacando a su vez al demandante, mediante la reconvencción, situación que estudiaremos en el párrafo V.⁷¹

50. EXCEPCIONES Y ALEGACIONES O DEFENSAS

a) Don Héctor Méndez y Eyssautier, en un trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia,⁷² establece un noble paralelo entre las excepciones perentorias y las alegaciones o defensas.

b) Dice el señor Méndez Eyssautier:

⁶⁸ C. Sup., Rev. XXX-II-12-130.

⁶⁹ Vid. supra Nº 17, letra f).

⁷⁰ C. Sup., Rev. XL-II-12-521.

⁷¹ Vid. infra Nº 58 y siguientes.

⁷² MÉNDEZ EYSSAUTIER, HÉCTOR, *De la alegación de la prescripción*, publicado en Rev. XLIII-1-100.

"Entre las excepciones y las defensas existen estrechas relaciones, de especie a género, pero que en ningún caso llegan a identificarlas. La similitud que entre ellas existe ha provocado cierta confusión tanto entre legisladores como tratadistas. Algunos han creído que se trata de términos distintos y otros, por el contrario, idénticos.

"En nuestra legislación hay disposiciones que emplean indistintamente uno u otro término y otras que dan a cada uno un significado especial.

"Entre las primeras podemos citar la del artículo 170, Nº 3º del Código de Procedimiento Civil, que dice: 'Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales contendrán: ...3º Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado'.

"Igual cosa sucede con el auto acordado sobre la forma de las sentencias, dictado por la Corte Suprema el 30 de septiembre de 1920, que dice: 'La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante e igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado'.

"Entre las disposiciones que dan a cada término un empleo específico se cuenta el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: 'La contestación a la demanda debe contener: ...3º Las excepciones que se oponen a la demanda...'

"Otro ejemplo en igual sentido es el artículo 464 del mismo cuerpo de leyes, que dice: 'La oposición del ejecutado sólo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes'.

"Pertenece también a la segunda categoría de disposiciones a que nos hemos referido la del artículo 640 del Código antes citado: 'La sentencia del árbitro arbitrador contendrá: ...3º La misma enunciación de la defensa alegada por el demandado'.

"Por último, citaremos la disposición del artículo 725 del mismo Código, que dice: 'La sentencia definitiva deberá expresar: ...2º La enunciación brevisima de las peticiones del demandante y de las defensas del demandado y de sus fundamentos respectivos'.

"Como puede verse, nuestro legislador empleó indistintamente los términos excepción y defensa. Hay autores, como

don Fernando Alessandri, para quien entre ambas expresiones no hay diferencia alguna.⁷³ Pero la mayoría de los tratadistas se esfuerzan por dar a cada una de ellas su verdadero significado que, desde luego, no es igual para ambas.

"José B. Lira dice que 'se llama excepción, en general, toda defensa alegada por el reo para entorpecer, enervar o rechazar la acción intentada contra él'.

"Mas —agrega— aunque en el lenguaje de las leyes y de los autores se usan promiscuamente estas voces excepción y defensa, suele hacerse distinción entre ellas. Se da el primer nombre a la contestación que procede cuando el reo pretende excluir una acción constituida por derecho; y el segundo, a la que tiene lugar cuando se niega absolutamente la existencia de la acción. La excepción propiamente dicha supone, pues, por una parte, que ha existido o existe la acción deducida por el actor, y por la otra, que ha caducado o que no puede hacerse valer en todo o en parte porque le falta alguna de las condiciones esenciales para su validez o porque reside en el demandado un derecho superior que estorba su ejercicio de aquélla".⁷⁴

"La defensa se encierra en una mera negación del derecho reclamado."⁷⁵

"Una opinión muy parecida es la que sostiene Chiovenda. Según él, la expresión excepción tiene tres acepciones: 1º en un sentido generalísimo, comprende cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del fundamento de la demanda; 2º en un sentido más estricto, comprende la contraposición de un derecho impeditivo o extintivo que excluye la acción, y 3º en un sentido restringido, comprende hechos que no excluyen la acción, pero que dan al demandado el poder jurídico de anularla. Este último es el significado substancial de excepción."⁷⁶ Tan-

⁷³ ALESSANDRI, FERNANDO, *Derecho Procesal Civil*. Primer Año, pág. 57; citado por Méndez.

⁷⁴ LIRA, JOSÉ B., *Prontuario de los juicios*, tomo I, pág. 138; citado por Méndez.

⁷⁵ En igual sentido, HERRERA A., ALBERTO "De las excepciones y de las defensas y particularmente de las excepciones", artículo publicado en la *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N° 31 y 32, pág. 2522; citado por Méndez.

⁷⁶ CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, pág. 315; citado por Méndez.

to las excepciones como las defensas tienen por objeto exteriorizar la disconformidad del demandado con las pretensiones del demandante; son sus armas de defensa.

"Las defensas son todos los argumentos, los actos, en general toda manifestación de la actividad del demandado tendiente a impedir que la demanda prospere. En este sentido es defensa aun la mera negación del fundamento de la demanda. Si una persona demanda a otra para que le pague cierta suma de dinero y la demandada se limita a decir que nada debe, está oponiendo una defensa. Así como ésa, puede oponer cuantas imagine. La excepción, según la definición de Chiovenda, es un contraderecho frente a la acción."⁷⁷

"Según esta definición, y al decir de Manresa, las excepciones dan por supuesta la existencia de la obligación o derecho en que se funda la demanda y la de un hecho concurrente o posterior que destruye o invalida dicha resolución."⁷⁸ Tal es lo que acontece en el caso propuesto si el demandado, en lugar de negar simplemente su calidad de deudor, dice que pagó la suma que se le cobra. En este caso reconoce la existencia de la obligación y la de un hecho posterior que la hace ineficaz, reconocimiento que lo obliga a probar la veracidad de su aserto.

"La jurisprudencia distingue, como lo hace la doctrina, entre excepciones y defensas y considera que no se trata de términos idénticos. La Corte de Apelaciones de Santiago dijo en una oportunidad que no deben confundirse los conceptos jurídicos excepción y defensa, ya que si toda excepción es defensa, no toda defensa es excepción.

"La excepción se funda particularmente en una situación de hecho, ignorada del juez, en que se coloca el demandado para enervar la acción, y es por eso que para evitar sorpresas y desigualdades en la prueba judicial, ha de ser invocada en cierto estado del juicio, que permitiendo la discusión, dé al mismo tiempo oportunas bases para la prueba que, según el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, ha de recaer sobre los hechos controvertidos, en tanto que la defensa que mira a los

⁷⁷ CHIOVENDA, ob. cit., pág. 315; citado por Méndez.

⁷⁸ MANRESA, JOSÉ M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, pág. 102; citado por Méndez.

requisitos de la acción, se apoya en el derecho que el juez debe conocer y tener presente para el fallo, ya que administrar justicia es aplicar la ley solamente.⁷⁹⁻⁸⁰⁻⁸¹

"La excepción es la formulación de cualquier hecho jurídico que afecte al ejercicio de la acción -excepciones dilatorias- o a la vida misma de ella -excepciones perentorias.

"De consiguiente, bien puede decirse que la excepción es la formulación por el demandado de un hecho jurídico que tiene la virtud de impedir el nacimiento del derecho objeto de la acción, de producir la extinción del mismo o de impedir el curso de la acción. En cambio, las alegaciones o defensas consisten en la negación del derecho del actor, acudiendo por ejemplo a razonamientos jurídicos; pero tanto las excepciones como las alegaciones constituyen las defensas del demandado; pero no toda defensa constituye una excepción, en cambio toda excepción constituye una defensa.

"Y coincidiendo con este planteamiento, Adolfo Schönke dice: 'El demandado también puede, para su defensa, hacer manifestaciones jurídicas, pudiendo limitarse a ellas, y declarar por ejemplo que, según su opinión, con la entrega de la carta a la portera, no había llegado a su conocimiento todavía la declaración de voluntad en ella contenida. Semejantes manifestaciones jurídicas no obligan al Tribunal, ni lo limitan tampoco en el examen jurídico; son meras sugerencias para que se examine la situación de hecho desde el punto de vista puesto de relieve por el demandado' (Cas. forma y fondo, 25.6.1974, R.D.J., tomo LXXI, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 99).

"Resumiendo, podemos decir que entre la defensa y la excepción se pueden anotar las siguientes diferencias principales:

a) La defensa es la total negación del derecho reclamado; la excepción reconoce su existencia y sólo pretende que ha caído por un hecho independiente de su existencia y constitución;

b) La defensa ataca el derecho mismo; la excepción, a la falta de acción;

c) La defensa se funda en los requisitos del derecho que alega el actor, que debe ser conocido por el juez; la excepción se funda en una situación de hecho que el juez desconoce;

d) La defensa niega el derecho; la excepción -niega solamente su vida;

e) Si el demandado invoca una defensa, nada tiene que probar. La existencia de los vínculos jurídicos es excepcional, de ahí que si el demandado niega la existencia de un vínculo de esa naturaleza, no tiene que probar; si invoca una excepción, el peso de la prueba recae sobre él. En esto reside, principalmente, la importancia práctica de la distinción entre excepciones y defensas".

Creemos que lo dicho por el señor Méndez aclara perfectamente estos dos conceptos de excepción o defensa.

La diferencia fundamental entre la excepción y la alegación o defensa dice relación con la conducta que el demandado y el juez deben asumir en cada caso.

En primer lugar, debemos entender que en el proceso civil rige el principio dispositivo, según el cual su primera manifestación consiste en que *ne procedat iudex ex officio o nemo iudex sine actore*.

Desde este punto de vista, significa que el juez no debe proceder de oficio, y por ello, corresponde al actor introducir al proceso la pretensión que se hace valer; y al demandado las excepciones que conducen a la modificación o extinción de la pretensión.

Tratándose de las alegaciones o defensas que importan una mera negativa de los supuestos fácticos y jurídicos de la pretensión hecha valer, no rige el principio dispositivo, puesto que el examen de los supuestos fácticos y jurídicos que deben efectuarse respecto de la pretensión lo debe efectuar el tribunal libremente, sin encontrarse limitado en manera alguna por las alegaciones que hubiere podido formular el demandado.

De allí que al no importar la alegación o defensa introducir hechos nuevos al proceso, es que el demandado puede hacerlos valer durante todo el transcurso del mismo, incluso a través de meros escritos de téngase presente, siendo la última oportu-

⁷⁹ C. de Santiago, Rev. XXVIII-II-2ª-29; citada por Méndez.

⁸⁰ En el mismo sentido, jurisprudencia de la C. Suprema: Rev. XXXII-II-1ª-426, XXXVI-II-1ª-330; XXXVII-II-1ª-64; C.T. 1920, 2ª, s. 42, pág. 181; 1925, s. 27, pág. 180; todas citadas por Méndez.

⁸¹ C. Sup., Rev. XLIII-II-18.

nidad que tiene la notificación de la resolución que cita a las partes para oír sentencia, momento a partir del cual no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género conforme a lo prescrito en el artículo 433 del C.P.C.

La segunda manifestación del principio dispositivo que rige en el proceso civil consiste en que *ne eat iudex ultra vel extra petitum*.

El segundo brocardo hace referencia al ámbito del proceso, en cuanto a que son también las partes las que lo determinan. Así cuando se afirma la vigencia de la máxima *ne eat iudex ultra vel extra petitum* se está haciendo referencia a la congruencia o vinculación del órgano jurisdiccional con el objeto del proceso determinado por el actor.

Si el juez o tribunal se pronunciara sobre algo distinto, o se excediera de los límites señalados por quien ejercita la acción, perdería la titularidad o interés en juego. Si se concediera más de lo pedido, o algo distinto, es evidente que no cabría afirmar la titularidad privada del derecho o interés ejercitado, sino que éste pertenecería al Estado. En realidad estaríamos en el mismo caso que si el órgano jurisdiccional hubiera procedido de oficio, ejerciendo un derecho, ya que esto es lo que ocurre en verdad cuando el juez incurre en incongruencia extra o ultra petita.⁸²

En nuestro derecho, sólo configuran el objeto del proceso sobre el cual debe recaer el pronunciamiento de la sentencia las pretensiones formuladas por el actor y las excepciones formuladas por el demandado.

Tratándose de las alegaciones o defensas, no se requiere que el tribunal se haga cargo en su fallo de ellas, puesto que le corresponde a él de oficio examinar todos los fundamentos fácticos y jurídicos de las excepciones que se hagan valer por las partes.

En efecto, la construcción de la sentencia civil es una actividad propia del juez, por lo que las alegaciones o defensas no serán más que meras colaboraciones en el proceso lógico que él debe desarrollar para la determinación de los hechos y la aplicación del derecho que le deben servir de fundamento a su sentencia.

⁸² DÍAZ CABALLEROS, JOSÉ ANTONIO, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, pág. 6, Editorial Comares, Granada, 1996.

De acuerdo con ello nuestra Excm. Corte Suprema nos ha señalado que "la defensa mira a los requisitos de la acción en sí misma y se apoya en el derecho que el juez debe conocer y tener presente al fallar".⁸³

51. EXCEPCIONES PERENTORIAS QUE PUEDEN Oponerse EN CUALQUIER ESTADO DEL JUICIO

a) Lo normal es que las excepciones perentorias se opongan en la contestación de la demanda; sin embargo, el artículo 310 permite que las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda cuando ésta se funda en un antecedente escrito, puedan oponerse en cualquier estado de la causa, siempre que se aleguen por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia o de la vista de la causa, en segunda.

b) Debe tenerse en cuenta que la ley sólo autoriza para alegar en cualquier estado de la causa la prescripción, la cosa juzgada y la transacción como excepciones, a objeto de enervar o extinguir el derecho que se ejercita en la demanda, pero no como acción, para adquirir por ese medio un título de dominio; en esta última situación —cuando se hacen valer como acción— sólo puede representarse en su demanda o ampliación.⁸⁴

c) Hay, como hemos visto, excepciones perentorias que se oponen más allá de la contestación de la demanda, y se exige que se haga por escrito; en realidad, ello es redundante, pues el procedimiento ordinario es siempre escrito.

d) El artículo 310 modifica la norma que le precede inmediatamente, y autoriza al demandado para alegar en cualquier estado de la causa las excepciones que enumera taxativamente, entre otras, la prescripción. Pero esta facultad, según se ha sostenido en reiteradas oportunidades por este tribunal, se refiere únicamente a la prescripción como excepción, esto es, como

⁸³ C. Suprema, 12.5.1930, R.D.J., t. 28, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 29.

⁸⁴ C. Sup., Rev. XXVII-I-1ª-819; XVI-II-1ª-216; VIII-II-1ª-80; XXXII-II-1ª-138; G.T. 1920, 1ª, pág. 207.

un medio de extinguir las acciones y derechos ajenos, mas no a la prescripción como acción —que es a la vez título y modo de adquirir—, por cuanto la misma requiere que se someta al pronunciamiento del tribunal una pretensión propia del demandado, excluyente de la principal del juicio, circunstancia inadmisibles de conformidad a lo dispuesto en los artículos 309 y 312 del Código de Procedimiento Civil (Corte Suprema, R.D.J. 1999, t. XCVI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 24, C. 2º).

52. TRAMITACION DE LAS EXCEPCIONES QUE PUEDEN Oponerse EN CUALQUIER ESTADO DEL JUICIO

a) Los incisos 2º y 3º del artículo 310 disponen: “Si se forman en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, se tramitarán como incidentes, que pueden recibirse a prueba, si el tribunal lo estima necesario, y se reservará su resolución para definitiva.”

“Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia”.

b) Si se oponen en primera instancia después de recibirse la causa a prueba, se tramitan como incidente, pero su resolución debe reservarse para definitiva. Si se oponen antes de recibirse la causa a prueba, se tramitan en igual forma que todas las excepciones, aun cuando no hayan sido opuestas en la contestación.

c) En segunda instancia se sigue igual procedimiento que en primera, si se han opuesto después de recibirse la causa a prueba, pero en este caso la Corte de Apelaciones se pronuncia sobre las excepciones deducidas en única instancia.

d) El tribunal tiene amplia facultad para recibir o no a prueba los incidentes que den lugar a presentación de tales excepciones, dados los términos claros de ese artículo; por consiguiente, la omisión de ese trámite no puede dar lugar a un recurso de casación en la forma fundado en los artículos 795, Nº 2º, y 800, Nº 5º.⁸⁵ En caso de estimar el tribunal necesaria la prueba, concederá un término especial de prueba que se registrá por las nor-

⁸⁵ Vid. art. 318.

mas del artículo 90, limitándose a 15 días el plazo total que establece en su inciso 3º y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 431 (art. 327, inc. 2º).

53. NO ES OBLIGATORIO QUE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA SE PRESENTE CON LOS DOCUMENTOS QUE LE SIRVEN DE FUNDAMENTO

El inciso final del artículo 309 decía: “Son también aplicables a la contestación de la demanda y al demandado las disposiciones del artículo 255”. Este artículo, según lo vimos, se refería a la obligación que tenía el actor de acompañar los documentos que sirven de base a sus pretensiones. El demandado, según resultaba de la disposición transcrita, tenía idéntica obligación, respecto de los instrumentos que le sirven de apoyo a su defensa, o sea, los documentos justificativos de la contestación de la demanda.

En virtud de la Ley Nº 18.705 se suprimió el inciso final del artículo 309, por lo que en la actualidad el demandado no tiene ninguna obligación de acompañar en la contestación de la demanda los documentos en los cuales ella se funda.

Al efecto, nos remitimos a lo ya dicho al estudiar el artículo 255.⁸⁶

3º Contestación ficta de la demanda

54. LA REBELDIA. EFECTOS

a) Si la parte demandada no contesta la demanda dentro del plazo que le fija la ley —término de emplazamiento—, precluirá o se extinguirá su derecho por el solo ministerio de la ley al vencimiento del plazo. En este caso, el tribunal, de oficio o a petición de parte, procederá a declarar precluido el derecho del demandado de contestar la demanda y conferirá traslado al actor para replicar, sin necesidad de certificado previo.

⁸⁶ Vid. infra Nºs 18 y siguientes.

b) El término para contestar la demanda es un plazo fatal; por consiguiente, expira este derecho por el simple transcurso del tiempo y por el solo ministerio de la ley, sin que se requiera la declaración de rebeldía respecto de ese trámite.

c) La preclusión de la facultad de contestar la demanda no produce otro efecto, según nuestra legislación procesal, que el dar por evacuado el trámite de la contestación.

Ello en ningún caso significa que el demandado se allana a la demanda, como ocurre en otras legislaciones, especialmente de raíces germánicas y canónicas, sino que, sencillamente, el demandado no dice nada. El juicio debe continuar en todos sus demás trámites y sólo se dará lugar a la demanda si el actor justifica, tanto en el hecho como en el derecho, sus pretensiones.⁸⁷

d) En Chile no existe, como sucede en otros países, un procedimiento especial de contumacia o rebeldía; sino que el juicio sigue con sus trámites, gestiones y actuaciones normales, con la diferencia de que los trámites en que deba intervenir el rebelde o demandado ausente se deberán declarar extinguidos en cada oportunidad, proveyéndose en cada ocasión por el tribunal, de oficio o a petición de parte, lo que corresponda para dar curso progresivo al procedimiento.

e) La rebeldía o no contestación de la demanda dentro del término de emplazamiento en primera instancia no tiene más alcance que tener por extinguido el derecho a realizar el trámite de que se trata —en este caso, el de la contestación de la demanda—, mas el demandado conserva el derecho de comparecer en cualquier momento al juicio; pero con una grave limitación: debe aceptar todo lo obrado con anterioridad a su comparecencia, a menos que pruebe que ha estado impedido de comparecer por fuerza mayor⁸⁸ o que no se haya hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio.⁸⁹

En cambio, la rebeldía o no comparecencia en segunda instancia del apelado tiene un alcance mucho mayor, pues sencillamente no se le toma en cuenta al contumaz; y éste sólo puede comparecer mediante abogado habilitado o procurador del número, no personalmente.

⁸⁷ C. Sup., Rev. XXX-II-1^a-255.

⁸⁸ Vid. art. 79.

⁸⁹ Vid. art. 80.

f) La extinción o preclusión del derecho a contestar la demanda por no haberse efectuado dentro del término de emplazamiento produce lo que los tratadistas llaman la contestación ficta de la demanda. En nuestro derecho, la rebeldía importa una contestación ficta de la demanda, en el sentido de entender que el demandado ha negado todos los supuestos de hecho y de derecho en que se fundamenta la pretensión hecha valer por el actor en su demanda, y consecuentemente recaerá en plenitud en el demandante soportar la carga de la prueba durante el proceso. Al efecto se ha señalado que la rebeldía del demandado o la contestación ficta de la demanda "implica negación total y absoluta de los hechos contenidos en la demanda".⁹⁰

4º Aceptación de la demanda

55. EL DEMANDADO SE ALLANA A LA DEMANDA

a) El demandado puede no defenderse aceptando la demanda contraria, o sea, allanándose a ella.

b) El allanamiento es el acto por el cual el demandado admite, más que la exactitud de los hechos, la legitimidad de las pretensiones del actor.⁹¹ Nuestro Código de Procedimiento Civil acepta este instituto en el artículo 313, que establece: "Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante..., el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica" (inc. 1º).

c) El allanamiento a la demanda puede ser expreso o tácito; lo primero ocurre cuando el demandado reconoce categóricamente los hechos y el derecho invocado en la demanda, lo segundo, cuando el demandado, sin contestar la demanda, deposita la cosa o ejecuta el acto de que se le reclama.^{92,93}

⁹⁰ CASARINO, MARIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo IV, pág. 52, 3ª edición, 1974, Editorial Jurídica de Chile.

⁹¹ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 141.

⁹² ALSINA, ob. cit., tomo II, págs. 141 y 166.

⁹³ SENTIS MELENDO, SANTIAGO, *El allanamiento a la demanda*, en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina", Ediar Soc. Anón. Editores, considero que el allanamiento debe ser siempre expreso, pág. 638.

d) Para allanarse a la demanda no se requiere capacidad especial, fuera de la necesaria para actuar en juicio; y tratándose de apoderado, se necesita poder especial para aceptar la demanda deducida (art. 7º, inc. 2º).

e) En cuanto al objeto de allanamiento, sólo puede referirse a los derechos privados, renunciables y, por consiguiente, no será admisible él si se está renunciando a otra clase de derecho (art. 12 del C.C.). Tampoco puede el demandado allanarse a demandas que digan relación con el estado civil de las personas; ni si la demanda se refiere a derechos ajenos o derechos que no existen.

56. EL DEMANDADO NO CONTRADICE LOS HECHOS

a) Puede también presentarse la situación que el demandado reconozca los hechos y desconozca el derecho. Es ésta una situación distinta al allanamiento en el cual, como lo hemos visto, se reconocen los hechos y el derecho aplicable a aquellos hechos.

b) El reconocimiento del hecho constitutivo de la demanda no significa que la norma jurídica que invoca como fundamento de su pretensión sea la que corresponda aplicar o que tenga ella el alcance que el actor pretende. El demandado reconoce entonces el hecho, pero atribuyéndole una significación jurídica distinta. Esta situación también está contemplada en el artículo 313: "...si en sus escritos (refiriéndose a los del demandado) no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica".

57. TRAMITACION

a) En los dos casos que acabamos de ver —allanamiento a la demanda y reconocimiento de los hechos— contestada la demanda, se le da traslado al demandante para que replique; una vez evacuado este trámite y la réplica, el tribunal debe citar inmediatamente a las partes para oír sentencia definitiva. Se omiten, por lo tanto, los trámites de citación a conciliación y de recepción de la causa a prueba, conforme a lo previsto en los artículos 262 y 313.

b) La Corte Suprema ha establecido al respecto que si el juez recibe la causa a prueba, debiendo ordenar que se cite a las partes para oír sentencia, ello no constituye vicio en razón del cual pueda recurrirse de casación en el fondo.⁹⁴ Creemos que ello es exacto, porque si bien podría sostenerse que hay infracción de ley, al artículo 313, esa infracción no influye mayormente en lo dispositivo del fallo.

5º La reconvencción

58. CONCEPTO

a) Dijimos que el demandado podía defenderse de las pretensiones del actor oponiendo excepciones y defensas y que también podía reconvenir.⁹⁵ Esta última situación sucede cuando el demandado tiene a su vez una acción que ejercitar en contra del actor, derivada de la misma o de distinta relación jurídica. Se trata en realidad de acciones diferentes, donde el sujeto pasivo de una se convierte en sujeto activo de la otra, por lo que normalmente tendrían que ser substanciadas en procesos independientes. Pero, por la misma razón que se permite acumular al actor en la demanda todas las acciones (pretensiones) que tenga contra el demandado, se permite a éste acumular en la contestación las acciones que tenga contra su demandante. La reconvencción es, entonces, una especie de contrademanda que el demandado interpone en contra del actor, al contestar la demanda. Es así como la doctrina señala que la reconvencción es la demanda del demandado dirigida contra el actor dentro del mismo procedimiento.

b) Con la reconvencción se satisface un principio de economía procesal, pues se evita la multiplicidad de juicios y se facilita la acción de la justicia; constituyendo un caso de pluralidad de litis en un proceso entre las mismas partes.

c) En nuestro régimen procesal no es necesario, como ocurre en otros, como el francés, por ejemplo, que exista una es-

⁹⁴ C. Sup., Rev. XXVI-II-1º-306.

⁹⁵ Vid. infra Nº 49.

trechā relación, entre la demanda y la reconvencción. En esto también el Código de Procedimiento Civil ha seguido muy de cerca a la legislación española.

59. CONDICIONES PARA QUE PROCEDA LA RECONVENCIÓN

a) 1º La primera condición que se requiere es que la acción que se deduce en la reconvencción corresponda a la competencia del juez que interviene en la demanda principal. Dice el artículo 315:

“No podrá deducirse reconvencción sino cuando el tribunal tenga competencia para conocer de ella, estimada como demanda, o cuando sea admisible la prórroga de jurisdicción (competencia).”⁹⁶ Podrá también deducirse aun cuando por su cuantía la reconvencción deba ventilarse ante un juez inferior.

“Para estimar la competencia, se considerará el monto de los valores reclamados por vía de reconvencción separadamente de los que son materia de la demanda”.

No es admisible, entonces, la excepción de incompetencia opuesta por el demandante a la reconvencción deducida por el demandado si la competencia puede ser prorrogada, porque lo contrario sería frustrar el fin que la ley ha perseguido al instituir la reconvencción.⁹⁷

b) 2º La segunda condición para que proceda la reconvencción es que ella pueda substanciarse por los mismos trámites de la demanda principal a fin de que ambas se ventilen en el mismo proceso; en este caso, que se tramiten de acuerdo con las reglas del juicio ordinario. Cabe hacer notar que esta segunda condición no está establecida en forma expresa por la ley, pero ella es obvia, y ha sido aceptada plenamente por la jurisprudencia.⁹⁸

⁹⁶ En la actualidad debe entenderse hecha la referencia a la competencia, de acuerdo a las modificaciones del epígrafe del párrafo 8 del Título VII y de los arts. 181, 182 y 184 a 187 del C.O.T. que se efectuaron por la Ley Nº 18.969.

⁹⁷ C. de Concepción, G.T. 1929, 2º, s. 127.

⁹⁸ C. de Santiago, Rev. I-II-2º-282.

60. REQUISITOS DE FORMA DE LA RECONVENCIÓN

a) Están consignados en el artículo 314, que dice: “Si el demandado reconviene al actor, deberá hacerlo en el escrito de contestación, sujetándose a las disposiciones de los artículos 254 y 261; y se considerará, para este efecto, como demandada la parte contra quien se deduzca la reconvencción”.

b) Del artículo transcrito fluye que la reconvencción debe formularse en el mismo escrito de la contestación, debe cumplir con los requisitos especiales de toda demanda (art. 254)⁹⁹ y puede ser ampliada o rectificada en los términos del artículo 261.¹⁰⁰ Mediante la dictación de la Ley Nº 18.882 se elimina del artículo 314 la remisión al artículo 255, por lo que el demandado al reconvenir, al igual que el actor al deducir su demanda, no se encuentra obligado a acompañar los documentos fundantes de ella.¹⁰¹

c) La reconvencción puede formularse en lo principal del escrito de contestación o por un otrosí; no existen fórmulas sacramentales para ello.

61. QUIEN PUEDE RECONVENIR

a) La facultad de reconvenir le corresponde a todo demandado que tenga capacidad para estar en juicio; se siguen, pues, las mismas reglas que hemos enunciado respecto del demandante. La reconvencción no la puede formular el mandatario con poder simple para litigar, pues ese poder se entiende conferido sólo para los trámites e incidencias del juicio y para todas las cuestiones que por vía de reconvencción se promuevan, pero no para interponer demanda reconvenccional, para lo cual se necesita poder especial.

b) El actor no puede, contestando la reconvencción, reconvenir a su vez, porque la facultad de reconvenir la concede la ley sólo al demandado;¹⁰² ni tampoco puede el demandado re-

⁹⁹ Vid. infra Nº 17.

¹⁰⁰ Vid. infra Nº 14.

¹⁰¹ Vid. infra Nº 18.

¹⁰² C. Sup., Rev. XXXI-II-1º-157.

convenir a su codemandado, ya que la reconvencción sólo se dirige contra el actor.¹⁰³

62. TRAMITACION Y FALLO

a) La ley establece que la reconvencción se tramita de la misma manera que la demanda.

b) Se pueden oponer contra ella las excepciones dilatorias indicadas en el artículo 303, las que deben proponerse dentro del término de 6 días y todas ellas en un mismo escrito (art. 317). Si no se oponen en ese plazo, pueden hacerse valer posteriormente sólo por vía de alegaciones o defensas y se estará a lo dispuesto en los artículos 85 y 86. En general, se le aplican las reglas que hemos visto en el Capítulo II de esta Primera Parte.

De acuerdo a lo previsto en el inciso 2º del artículo 317 agregado por la Ley Nº 18.705, "acogida una excepción dilatoria (opuesta por el demandante respecto de la reconvencción), el demandante reconvenccional (demandado) deberá subsanar los defectos de que adolezca la reconvencción dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la resolución que haya acogido la excepción. Si así no lo hiciere, se tendrá por no presentada la reconvencción, para todos los efectos legales, por el solo ministerio de la ley".

Con esta norma se está sancionando al demandado que ha introducido al proceso una demanda reconvenccional defectuosa y que no sea diligente en subsanar los vicios que la afectan, impidiéndose que con semejante omisión se pueda obtener la paralización del procedimiento. La sanción es sumamente drástica, puesto que si el demandado no subsana los vicios que afectan a su reconvencción dentro de ese plazo legal y fatal de 10 días, se tiene ésta por no presentada para todos los efectos legales.

c) Por último, el artículo 316 dispone: "La reconvencción se substanciará y fallará conjuntamente con la demanda principal, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 172."¹⁰⁴

"De la réplica de la reconvencción se dará traslado al demandante por seis días.

¹⁰³ C. de Santiago, G.T. 1940, 2º, s. 94, pág. 424.

¹⁰⁴ Vid. art. 172.

"No se concederá, sin embargo, en la reconvencción aumento extraordinario de término para rendir prueba fuera de la República cuando no deba concederse en la cuestión principal.

Segunda Sección RÉPLICA Y DÚPLICA

1º Réplica

63. GENERALIDADES

Según el artículo 311, a la contestación, sea pura o simple o vaya acompañada de reconvencción, se provee "traslado". Esta resolución debe notificarse por el estado diario.

64. PLAZO PARA REPLICAR

El actor tiene el plazo fatal de 6 días para replicar y hacer observaciones a la reconvencción, si la ha habido (art. 311). Transcurrido ese plazo sin que repique, se entenderá precluido por el solo ministerio de la ley el derecho de replicar, y el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará extinguido ese derecho y conferirá traslado al demandado para duplicar, sin necesidad de certificado previo.

65. ESCRITO DE REPLICA

a) En el escrito de réplica el actor puede ampliar, adicionar o modificar las acciones que haya formulado en la demanda, pero sin que pueda alterar las que sean objeto principal del pleito (art. 312).

b) La jurisprudencia ha resuelto al respecto: 1º que la rectificación que se hace en el escrito de réplica respecto a la forma en que ocurrió un accidente que ocasiona el derecho para solicitar indemnización, está ajustada a la ley, si no modifica la ac-

ción deducida ni los fundamentos de esa acción,¹⁰⁶ 2º que la acción se altera cuando se cambia por otra y para operar tal cambio es menester que se abandone la anterior y se substituya por una nueva; pero si mantiene ambas, promoviéndose una como subsidiaria de la otra, tendiendo ambas al mismo fin perseguido en la demanda, no puede decirse que haya variación y, por consiguiente, que no pueda ser materia de la réplica;¹⁰⁶⁻¹⁰⁷ 3º que no hay inconveniente en que, habiéndose calificado un hecho jurídico en la demanda en un sentido determinado, se cambie esta calificación jurídica en el escrito de réplica.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

Debemos tener presente que la facultad que tiene el demandante en el escrito de réplica para ampliar, adicionar o modificar las acciones que haya formulado en la demanda debe ser entendida restrictivamente. Al efecto, se ha señalado por nuestra Excm. Corte Suprema que "la disposición del artículo 312 es restrictiva, concede a las partes las facultades que taxativa y limitadamente pueden usar en la réplica y en la réplica y no las autoriza para que formulen ellas nuevas acciones o excepciones de las que contienen la demanda y la contestación".¹¹⁰

La facultad que posee el demandante en el escrito de réplica para ampliar, adicionar o modificar las acciones que haya formulado en la demanda reconoce una clara y expresa limitación, dado que con ello no se pueden alterar las acciones que

¹⁰⁶ C. Sup., Rev. V-II-1º-144.

¹⁰⁶ C. Sup., Rev. XXXVIII-II-1º-223.

¹⁰⁷ C. Sup., G.T. 1939, 2º, s. 149, pág. 625. En idéntico sentido.

¹⁰⁸ C. de Santiago, Rev. XXXIX-II-1º-41; G.T. 1930, 1º, s. 72.

¹⁰⁹ Al respecto transcribiremos la doctrina de la sentencia de la C. Suprema publicada en Rev. XXIX-II-1º-167: "La circunstancia de que en la réplica se diga que se incurrió en un error en la demanda al calificar como sociedad mercantil el contrato a virtud del cual se cobra una participación, siendo que se trataba de una sociedad civil o por lo menos de otro contrato, cualquiera que sea su calificación, por lo cual adiciona la demanda en ese sentido, no importa una modificación que implique cambio alguno en la acción deducida, porque, permaneciendo unas mismas la cosa pedida y las personas que intervinieron en la litis, las acciones se caracterizan, individualizan o identifican por los hechos que le sirven de fundamento o causa de pedir; y tales hechos no resultan alterados o modificados por la sola circunstancia de que el actor los califique jurídicamente en la réplica en forma distinta de como los apreció en la demanda".

¹¹⁰ Corte Suprema, 8.6.1961, R.D.J., tomo 58, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 158.

scan objeto principal del pleito, esto es, cambiar la esencia o forma de la acción deducida en la demanda.

Se ha sostenido con razón por parte de la doctrina y la jurisprudencia que se alteran las acciones y excepciones que constituyen el objeto principal del pleito, cuando las ampliaciones, adiciones o modificaciones de las acciones contenidas en el escrito de réplica se sustentan en una diversa causa de pedir que las acciones deducidas en la demanda principal.

El concepto de causa de pedir reviste en nuestro ordenamiento carácter legal, debiendo entender por tal conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil como "el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio".

De acuerdo con estos principios, es que se ha resuelto por nuestra jurisprudencia que:

1º. No pueden interponerse peticiones subsidiarias en el escrito de réplica, que importan una modificación sustancial de las acciones de la demanda.¹¹¹

2º. Después de contestada la demanda en que se han entablado acciones claras y definidas, no pueden éstas reemplazarse por otras, aunque sea subsidiariamente.¹¹²

3º. Si la acción se fundamenta en el dominio como resultado de una compraventa, no puede fundarse el mismo dominio en la prescripción.¹¹³

4º. En la réplica no puede instaurarse una acción absolutamente diversa de la entablada en la demanda. Por lo tanto, es inaceptable que en la réplica del juicio en que la acción deducida es la de nulidad de una compraventa, se pida su resolución por falta de pago del precio convenido.¹¹⁴

66. RESOLUCION Y NOTIFICACION

El escrito de réplica se provee "traslado para duplicar" (art. 311) y esta resolución se notifica por el estado diario.

¹¹¹ Corte Suprema, 14.11.1914, R.D.J., tomo 12, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 477.

¹¹² Corte Suprema, 14.11.1914, R.D.J., tomo 12, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 477.

¹¹³ Corte Ap. Santiago, 9.11.1906, Gaceta 1906, 2ª sem. N° 850, pág. 293.

¹¹⁴ Corte Suprema, 29.12.1919, R.D.J., tomo 18, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 323.

2ª Dúplica

67. CONCEPTO

- a) El demandado tiene el plazo fatal de 6 días para duplicar y para hacer valer en el mismo escrito la réplica de la reconvencción, formulando sus observaciones a la contestación de la reconvencción que el demandante haya hecho, si la ha habido.
- b) El demandado, en la dúplica, podrá ampliar, adicionar o modificar las excepciones que haya formulado en la contestación, pero sin que pueda alterar las que sean objeto principal del pleito (art. 312). Ante la disposición indicada, la jurisprudencia ha estimado que en el escrito de dúplica se pueden adicionar y ampliar las excepciones y defensas hechas valer en el escrito de contestación,¹¹⁵ pero no se pueden oponer excepciones que tiendan a enervar o a destruir la acción deducida, por lo que éstas deben formularse antes de la contestación de la demanda o en la contestación misma, salvo las de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, que pueden oponerse en cualquier momento.¹¹⁶

3º Término del período de discusión

68. TÉRMINO DEL PERIODO DE DISCUSIÓN. LLAMADO A CONCILIACIÓN OBLIGATORIO O NECESARIO

- a) Con estos cuatro escritos fundamentales que hemos estudiado —demanda, contestación, réplica y dúplica— se pone término al primer período del juicio ordinario, es decir, el período de discusión.
- b) Esto es para el caso que el escrito de contestación haya sido puro y simple; pero en el caso que haya habido demanda reconvenccional, aunque el Código de Procedimiento Civil no lo dice, debe darse traslado al demandante para que evacue el trámite de la dúplica de la reconvencción (art. 316, inc. 2º).

¹¹⁵ C. Sup., G.T. 1933, 2º, s. 23, pág. 85.

¹¹⁶ C. Sup., Rev. XXXI-II-1º-29; G.T. 1932, 2º, s. 59, pág. 252.

c) Mediante la Ley Nº 19.334, publicada en el Diario Oficial de 7 de octubre de 1994, se introdujo a continuación del período de discusión y antes de la recepción de la causa a prueba, el trámite obligatorio o necesario del llamado a las partes a conciliación. En la actualidad el trámite del llamado a las partes a conciliación es obligatorio o necesario en casi todos nuestros procedimientos civiles, habiéndose para tal efecto modificado por la mencionada ley los artículos 262, 264, 267, 698, 788 y 795 del Código de Procedimiento Civil.

Al efecto establece el artículo 262 que “en todo juicio civil en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo”.

“Para tal efecto, las citadas partes comparecerán a una audiencia para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución. Con todo, en los procedimientos que contemplan una audiencia para recibir la contestación de la demanda, se efectuará también en ella la diligencia de conciliación, evacuado que sea dicho trámite.”

“El precedente llamado a conciliación no obsta a que el juez pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convocatoria, una vez evacuado el trámite de la contestación de la demanda.”

Para que proceda este trámite obligatorio o necesario del llamado a conciliación en un juicio civil es menester que concurren los siguientes requisitos:

1) *Que se trate de un juicio civil*

En general, procede el trámite obligatorio del llamado a conciliación en todo juicio civil.

Excepcionalmente, no procede el llamado a conciliación en los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I (Juicio ejecutivo en las obligaciones de dar), II (Juicio ejecutivo en las obligaciones de hacer y no hacer), III (Derecho legal de retención), V (Citación de evicción) y XVI (Juicios de Hacienda) del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de ello, es menester tener presente que se contempla el trámite obligatorio o necesario del llamado a conciliación en el procedimiento laboral (art. 442 del Código del Trabajo), en el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada por injuria o calumnia (art. 574 del Código de Procedimiento Penal) y en el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada del nuevo sistema procesal penal (art. 404 del Código Procesal Penal).

2) *Que en el juicio civil sea legalmente admisible la transacción*

En general, se ha señalado que son susceptibles de transacción todos los derechos o relaciones jurídicas sobre las cuales las partes tienen plena libertad de disposición.

De lo anterior, y por el contrario fluye que no se puede transigir sobre los derechos indisponibles, o sea, aquellos derechos ligados a la persona del sujeto y sustraídos a su poder dispositive; tales son: a) los derechos que por su naturaleza no pueden concebirse sino en relación a un solo determinado sujeto (derechos de la personalidad, de la familia, etc.) y b) aquellos derechos que independientemente de su naturaleza son puestos al servicio de un determinado sujeto por una norma legal inderogable, de manera que sea prohibido al sujeto mismo disponer de ellos. Tampoco pueden ser objeto de transacción bienes o derechos que por diversas razones la ley taxativamente los considera ineptos para tal efecto (Antonio Vodanović II., *Contrato de transacción*, página 81, Editorial Ediar-Conosur Ltda., 1985).

Los artículos 2449 a 2455 del Código Civil se encargan de establecer algunos de los casos en los cuales no es admisible la transacción.

3) *Que no se trate de los casos en que no deba recibirse la causa a prueba en el procedimiento*

Los casos mencionados en el artículo 313 en que no es procedente el trámite obligatorio del llamado a conciliación para el juez son: a) si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, b) si el demandado no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, y c) si las partes piden que se falle el pleito sin más trámite.

El juez debe en un juicio ordinario civil en que concurren los requisitos anteriores, evacuar los trámites del período de

discusión, citar a las partes a una audiencia de conciliación para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución.

Dicha resolución que cita a las partes a la audiencia de conciliación debe ser notificada por cédula, puesto que ordena la comparecencia personal de las partes (art. 48).

A la audiencia de conciliación deberán concurrir las partes por sí o por apoderados. No obstante, el juez podrá exigir la comparecencia personal, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados.

En los procesos en que hubiere pluralidad de partes, la audiencia se llevará a efecto aunque no asistan todas. La conciliación operará entre aquellas que la acuerden y continuará el juicio con las que no hubieren concurrido o no hubieren aceptado la conciliación (art. 264).

En la audiencia, el juez obrará como amigable componedor y tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio (art. 263). Para tal efecto, el juez debe proponerle a las partes las bases de arreglo (art. 262, inc. 1º) y las opiniones que emitirá no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa (art. 263).

Si las partes lo piden, la audiencia se suspenderá hasta por media hora para deliberar. Si el tribunal lo estima necesario, postergará la audiencia para dentro de tercero día, salvo que las partes acuerden un plazo mayor, y se dejará de ello constancia. A la nueva audiencia éstas concurrirán sin nueva notificación (art. 265).

De la conciliación total o parcial se levantará acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo; la cual subscribirán el juez, las partes que lo deseen y el secretario, y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Si se rechaza la conciliación o no se efectúa el comparendo, el secretario certificará este hecho de inmediato, y entregará los autos al juez para que éste, examinándolos por sí mismo, proceda en seguida a dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 318 (art. 268).

El fracaso del llamado del juez a la conciliación necesaria no obsta a que éste pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convocatoria (art. 262, inc. final). El llamado a conciliación es en este caso facultativo para el tribunal, el que

puede efectuarlo en cualquier estado de la causa, luego de evaluado el trámite de contestación de la demanda.

El llamado a conciliación, en los casos que sea obligatorio de acuerdo a la ley, constituye un trámite o diligencia esencial en la primera o en la única instancia de los juicios de mayor o menor cuantía y en los juicios especiales, cuya omisión genera la nulidad conforme a lo prescrito en los artículos 768 N° 9 y 795 N° 2.

d) Terminados el período de la discusión y el trámite del llamado a conciliación obligatorio en los casos en que es procedente de acuerdo a la ley, generalmente sigue el de prueba, a cuyo estudio dedicaremos la Segunda Parte de este libro.

SEGUNDA PARTE

PERIODO DE LA PRUEBA

CAPITULO I

LA PRUEBA EN GENERAL

1º Generalidades

69. CONCEPTO

a) Un derecho respecto del cual los hechos que lo configuran no pueden probarse, cuya existencia no puede demostrarse en juicio, no es tal derecho. Prácticamente puede decirse que el derecho que no puede probarse no es tal derecho.

b) Es por esa razón que el legislador se ha preocupado de reglamentar minuciosamente la prueba. Dentro de nuestra legislación tratan esta materia fundamentalmente dos cuerpos de leyes: el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. El primero se refiere a la parte substantiva de la prueba, da reglas de fondo relativas a ella; en tanto que el segundo se refiere a la parte adjetiva, a la parte formal o procesal de la misma, a la manera como ha de rendirse. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil contiene algunas reglas substanciales que complementan en cierto modo a las del Código Civil. Este reglamenta la prueba en el Título XXI del Libro IV, artículos 1698 y siguientes, "De la Prueba de las Obligaciones". No vaya a creerse que por su ubicación, en el Libro IV, que trata de las obligaciones en general y de los contratos y, sobre todo, por su denominación, "De la Prueba de las Obligaciones", esas disposiciones deben aplicarse únicamente a comprobar la existencia de obligaciones; no, ese epígrafe se refiere, en general, a todas las pruebas que se rindan en derecho, incluso a la prueba de los hechos. El Código de Procedimiento Civil la trata especial-

mente en los Títulos IX, X y XI del Libro II, "De la Prueba en General", "Del Término Probatorio" y "De los Medios de Prueba en Particular", respectivamente, artículos 318 y siguientes.

c) A pesar de esta reglamentación, ni el Código Civil ni el Código de Procedimiento Civil definen lo que debe entenderse por prueba. Probar, en su acepción lógica, es demostrar la verdad de una proposición; sin embargo, en su significado corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios de prueba producidos para aboarla.¹ En técnica procesal, la palabra prueba tiene otras acepciones. Así, se usa a veces para designar los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso del proceso, hablándose, por consiguiente, de prueba testimonial, instrumental, confesión, etc. Otras veces se usa como acción de probar, hablándose entonces que al actor le corresponde probar sus acciones y al reo sus excepciones.²

d) Se puede definir la prueba como la demostración de la verdad en juicio; o, también "la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende".³ F. J. Couture la define como "un medio contralor de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio".⁴ Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedi-

¹ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 171.

² ALSINA, ob. cit., tomo II, págs. 171 y 172.

³ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 172.

⁴ COUTURE, *Fundamentos*, pág. 100. Explica esta definición: "Los hechos y los actos jurídicos, cuando dan motivo a un proceso, son objeto de afirmaciones por parte de aquellos individuos a quienes afectan. Pero como el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede, lógicamente, pasar por las simples afirmaciones de las partes, y debe disponer de medios de contralor de la exactitud de esas proposiciones. Es menester comprobar la verdad o falsedad de esas afirmaciones con el objeto de formarse convicción a su respecto".

mientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los hechos.⁵

2º Objeto de la prueba

70. CONCEPTO

a) El objeto de prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende. No hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos. Pero deben probarse únicamente los hechos controvertidos; la prueba de otros hechos que no sean controvertidos es inoficiosa para el resultado del proceso.⁶

b) Por regla general, el objeto de la prueba viene siendo la afirmación de un hecho; sin embargo, en ciertos casos, debe probarse un hecho negativo.⁷

71. PRUEBA DEL DERECHO

a) La prueba debe recaer siempre sobre los hechos. Jamás va a referirse directamente al derecho. Así, por ejemplo, si una persona sostiene que otra le debe determinada suma de dinero, deberá probar la existencia de esa obligación, acreditando que le ha entregado esa suma, o cualquier otro hecho que haya dado nacimiento a la obligación, del cual se infiere, como consecuencia lógica, que esa persona es acreedora de la otra.

b) El derecho es prescrito por la ley, y de ahí el principio de que el régimen de la prueba se refiere al hecho, en tanto que el derecho no se prueba, sino que se interpreta.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría de la prueba judicial*, tomo I, pág. 34.

⁶ COUTURE, *Fundamentos*, pág. 105. También considera que no es necesario probar los hechos presuntos por la ley, los hechos evidentes y los hechos notorios. Vid. *Fundamentos*, págs. 108 y siguientes.

⁷ Vid. infra Nº 72.

c) Excepcionalmente, en dos casos la prueba del derecho va a ser indispensable:

d) 1º *Cuando se invoca el derecho extranjero*. A los tribunales chilenos no se les puede exigir que conozcan el derecho extranjero y por eso, la parte que lo invoca debe acreditarlo. La jurisprudencia ha establecido que la existencia de la ley extranjera y su verdadero sentido es un hecho de la causa que debe establecerse por los medios de prueba ordinarios, dado lo dispuesto en el artículo 411.⁸⁹

e) 2º *Cuando se invoca la costumbre*. La prueba también recaerá sobre el derecho cuando, conforme lo dispone el artículo 2º del Código Civil, la costumbre constituye derecho en los casos que la ley se remite a ella. Entonces va a ser necesario acreditar los hechos que la informan. Pero en definitiva se va a estar probando el derecho, porque el legislador le da fuerza de ley. Lo mismo ocurre cuando se invoca la costumbre mercantil como supletoria del silencio de la ley.⁹⁰

72. PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS

a) La prueba debe referirse a hechos afirmados por las partes, de donde resulta que la negativa de un hecho no requiere prueba, sino que basta alegarla.

b) Sin embargo, en ciertos casos será necesario probar la negación de un hecho, acreditándose el hecho afirmativo contrario: ya que toda negación lleva implícitamente comprendida una afirmación, y por la inversa, toda afirmación comprende, consecuentemente, una negación en contrario.

c) La doctrina procesal ha superado la complicada construcción acerca de la prueba de los hechos negativos existen-

⁸⁹ C. Sup., Rev. XXIV-II-1-289; XXXIII-II-1-449.

⁹⁰ Sin embargo, el profesor don Fernando Albónico V. estima que el derecho extranjero no necesita probarse, por cuanto es tan derecho como el nacional, y las mismas razones que se aducen para exonerar de prueba al derecho nacional, deben sostenerse para no exigir prueba al derecho extranjero. Vid. al respecto su obra *El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia chilena*, pág. 18.

⁹¹ Vid. art. 5º del C. de C.

tes.⁹¹ No hay ninguna regla positiva ni lógica que releve al litigante de producir la prueba de sus negaciones. Y cuando se habla de que las partes que afirman alguna cosa tienen el deber de probarla, se establece una regla para el caso de que las proposiciones fueren expuestas en forma asertiva, sin que nada se diga para el caso inverso, en que las proposiciones se formulan en forma de negación. Y no existe ninguna razón lógica ni jurídica para interpretar esto como relevo de la prueba.⁹²

3ª Carga de la prueba

73. CONCEPTO

El determinar a quién le corresponde probar un hecho tiene enorme interés, pues hay muchas situaciones en la vida de las relaciones jurídicas en que el éxito o el fracaso del resultado del proceso va a depender de la prueba de un hecho. Interesa, pues, saber en cada caso concreto cuál de los litigantes debe probar.

El probar los hechos de la causa por quien corresponda.

⁹¹ Ella distingue: 1) cuando se alega la negativa de un hecho, pura y simplemente; p. ej.: A sostiene que B le debe cierta suma de dinero que le entregó en mutuo; B niega el hecho, la entrega; por consiguiente, no tendrá que probar nada; 2) cuando se alega la omisión o inexistencia de un hecho que sirve de fundamento a una acción o excepción. Esta negativa en la acción o en la excepción puede ser de derecho, de cualidad o de hecho. La negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que una cosa no es conforme al derecho; en este caso, puede recaer la prueba sobre el hecho impugnado, pero no sobre la prohibición legal, porque respecto de ella bastará invocar el precepto pertinente. La negativa es de cualidad cuando se niega a una persona una cualidad determinada; en este caso se aplica el principio que quien sostiene algo contrario a lo normal es quien debe probarlo.

La negativa de hecho puede ser simple o calificada. La primera es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna, como p. ej. la de no haber contraído la obligación o no haber ejecutado un acto. Basta solamente negar; no es necesario rendir prueba alguna acerca de la negación. En cuanto a la segunda, ella importa una afirmación, p. ej. cuando se alega que no se contrajo espontáneamente la obligación, porque se afirma implícitamente un hecho: la fuerza, el dolo, el error. Vid. al respecto ALSINA, ob. cit., tomo II, págs. 188 y siguientes. Capítulo XX, Nº 12.

⁹² COURURE, *Fundamentos*, págs. 124 y 125.

cuando la ley ha colocado en manos de él el peso de la prueba, constituye una carga procesal.

74. REGLA GENERAL

a) La carga de probar recae sobre el que tiene el interés de afirmar; por tanto, quien propone la acción tiene la carga de probar los hechos constitutivos de ella, y quien propone la excepción tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas.

b) Este principio se establece en el artículo 1698, inciso 1º, del Código Civil, según el cual "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

De ello se desprende que debe probar la existencia de una obligación (o en general de un hecho) el que alega que esa obligación (o hecho) existe y debe probar su extinción el que alega que esa obligación (nacida de esos hechos) se extinguió; en otras palabras, quien pretende ha de probar el hecho o hechos constitutivos, y quien excepciona, el hecho o hechos extintivos y la condición o condiciones impeditivas.¹³

Lo que sostiene esa disposición es muy lógico. Debe probar la existencia de una obligación el que la alega, el que sostiene la existencia de una relación de derecho, porque está sosteniendo algo que es excepcional, que va contra la regla general, que las personas no estén vinculadas por relaciones jurídicas. Por el contrario, si una persona sostiene que la obligación existió, pero que fue extinguida o modificada, debe probar su aserto, porque lo normal y corriente es que las obligaciones estén vigentes, que produzcan plenos efectos jurídicos, que sean susceptibles de ser exigidas.

c) El principio establecido por esa disposición está acorde con la distinción existente en doctrina y en nuestra legislación entre defensas y excepciones. Vimos que la importancia práctica en distinguir entre defensas y excepciones residía especialmente en cuanto al peso de la prueba,¹⁴ pues si el demandado

¹³ CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, pág. 97.

¹⁴ Vid. supra Nº 50.

invoca una defensa, nada tiene que probar; no así si opone una excepción, ya que la existencia de los vínculos jurídicos, según lo dijimos, es excepcional.

d) Por lo expuesto más arriba, no son exactas algunas de las reglas que nos vienen de los romanos. Así, la regla según la cual *onus probandi incumbit actoris*¹⁵ es inexacta, ya que tanto el demandante como el demandado pueden verse constreñidos a probar, según el caso en que se sitúen, las circunstancias del juicio o según aleguen la existencia o extinción de una obligación. También son numerosos los casos en que la misma ley transfiere la carga de la prueba al demandado, como ocurre con las presunciones.¹⁶⁻¹⁷

4º Procedimiento

75. RECAPITULACION

En la primera parte de este libro hemos estudiado el período de la discusión del juicio ordinario de mayor cuantía. En ella dijimos que éste podía iniciarse por medio de una medida prejudicial o por demanda, sin que ésta pudiera faltar nunca. Agregamos que el demandado podía asumir dos actitudes frente a una demanda iniciada en su contra: defenderse o no. No se defendía no contestando la demanda o allanándose a las pretensiones del actor. Se podía defender oponiendo previamente excepciones dilatorias o/y contestando derechamente la demanda. Por último, estudiamos la réplica y la réplica y el llamado a conciliación obligatorio o necesario, con cuyos trámites terminaba el período de la discusión, para comenzar generalmente cuando existían hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, con el período de la prueba en el juicio ordinario.

En los próximos números continuaremos el estudio del procedimiento del juicio ordinario, en el período de la prueba.

¹⁵ Que el peso de la prueba debe recaer sobre el actor.

¹⁶ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 191.

¹⁷ Vid. respecto a las presunciones infra Nº 243, letra f), y 247.

76. APERTURA DE LA CAUSA A PRUEBA

a) Según el artículo 318, evacuado el escrito de duplica o extinguida esa facultad por no haberse ejercido dentro del plazo fatal por el demandado; o, si ha habido reconvencción, evaluada la duplica de ella, o extinguida esa facultad por no haberse ejercido dentro del plazo fatal por el demandante y luego del llamado a conciliación obligatorio o necesario en los casos en que ese trámite es procedente (vid. infra N° 68 letra c), el tribunal procede a examinar personalmente el proceso para establecer si existen o no hechos pertinentes y controvertidos.

Se entienden por hechos substanciales controvertidos los pertinentes al pleito, los hechos relacionados con la litis, y no otros, porque durante la secuela del juicio pueden discutirse muchas cosas impertinentes a él, y que no son consideradas substanciales por el tribunal.

b) Si el tribunal estima que no hay hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, cita para sentencia, luego de evacuado el traslado de la duplica y sin llamar a las partes a conciliación. Esta situación la veremos más adelante.¹⁸

c) Si el juez estima que hay hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, dicta una resolución ordenando recibir la causa a prueba y fijando en la misma los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales debe recaer la prueba (art. 318, inc. 1°),¹⁹ luego de haberse verificado el trámite del llamado a conciliación obligatorio o necesario.

En esa resolución deberá señalar cuáles son los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos y no podría considerarse cumplida aquella condición con la sola referencia a los hechos mencionados por las partes en determinados escritos presentados en el curso del juicio;²⁰ además, esos puntos de prueba de-

¹⁸ Vid. infra N° 253.

¹⁹ Esta resolución que recibe la causa a prueba toma en la práctica el nombre de auto de prueba; pero técnicamente se trata de una sentencia interlocutoria de la segunda clase, porque resuelve sobre un trámite que va a servir de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva (art. 158, inc. 3°).

²⁰ C. de Santiago, Rev. II-II-2°-59; C. de Concepción, C.T. 1910, 2°, s. 135, pág. 568.

ben fijarse en conformidad a los hechos substanciales controvertidos en el juicio y que sean directamente pertinentes y necesarios al fallo que debe pronunciarse.²¹

d) Si el juicio se ha seguido en rebeldía del demandado, el juez debe recibir la causa a prueba, pues el actor debe acreditar sus pretensiones;²² y aun más, alguna jurisprudencia ha estimado que la rebeldía para los efectos de los artículos 318 y 320 importa una presunción de que el rebelde no acepta por su parte los hechos enunciados; quedando el juez habilitado para fijar los puntos de prueba, considerados como hechos substanciales, materia de la controversia, los que creyere pertinentes en el juicio.²³

e) Es costumbre, pero no obligación, que en la resolución que recibe la causa a prueba se indiquen los días en que se va a recibir la prueba testimonial. Si ella no lo indica, debe pedirse que se señale día y hora para tal efecto.

De lo expuesto por el autor podemos concluir que la resolución que recibe la causa a prueba tiene la naturaleza jurídica de sentencia interlocutoria de la segunda clase y debe contener los requisitos o menciones esenciales: 1° La orden de recibir la causa a prueba, que da lugar a la realización de un trámite esencial dentro del procedimiento, cuya omisión genera la nulidad conforme a lo prescrito en los artículos 768, N° 9, y 795, N° 3° y 2° de la fijación de los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales ella deberá recaer (art. 318, inc. 1°).

Esta fijación o determinación de los hechos es la que señala la pertinencia de la prueba en el procedimiento.

Como consigna Couture, prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de determinación. Una prueba sobre un hecho no articulado en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación

²¹ C. de Santiago, Rev. I-II-2°-170.

²² C. Sup., C.T. 1934, 2°, s. 9, pág. 51; C. de Valparaíso, Rev. V-II-2°-109; C. Sup., Rev. XXVII-I-I-1°-545.

²³ C. de Santiago, Rev. I-II-2°-508.

y en la dúplica por el demandado, es prueba impertinente. También lo es la que versa sobre hechos que han sido aceptados por el adversario.

Además, la resolución que recibe la causa a prueba puede contener como menciones accidentales el señalar que la causa se recibe a prueba por el término legal y la fijación de las audiencias destinadas a recibir la prueba testimonial que pueden ofrecer las partes.

77. NOTIFICACION DE LA RESOLUCION QUE ORDENA RECIBIR LA CAUSA A PRUEBA

Esta resolución se notifica a las partes por cédula, dado lo dispuesto en el artículo 48.

78. RECURSOS QUE PROCEDEN CONTRA LA INTERLOCUTORIA DE PRUEBA

a) Al dictar el juez la sentencia interlocutoria que ordena recibir la causa a prueba, puede incurrir en errores; verbigracia, fijar como hechos controvertidos los que en realidad no lo son u omitir otros que debía señalar.

b) El artículo 319 autoriza a las partes para pedir reposición de esa resolución. Este recurso es muy especial, porque: 1º tratándose de una sentencia interlocutoria, ella no debería ser impugnada mediante la reposición, que sólo procede contra los autos y decretos; pero es el caso que la ley dice expresamente que procede en su contra la reposición, y 2º la ley ha restringido en este evento el plazo para pedir reposición; pues la regla general es que este recurso deba interponerse dentro del quinto día de notificación la resolución contra la cual se recurre, si no se hacen valer nuevos antecedentes (art. 181); sin embargo, en el caso de la sentencia interlocutoria que ordena recibir la causa a prueba, se debe pedir la reposición dentro de tercero día, únicamente.

c) Ahora bien, ¿qué puede solicitarse en la reposición? Lo siguiente: 1º que se modifiquen los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos fijados por el tribunal; 2º que se elimi-

nen algunos hechos considerados substanciales, pertinentes y controvertidos por el juez, y 3º que se agreguen hechos que no han sido considerados por el tribunal (art. 319, inc. 1º, 2ª parte).

El tribunal puede resolver sobre esta reposición de plano o darle la tramitación de un incidente (art. 319, inc. 2º).

d) Procede, además, contra la interlocutoria de prueba, el recurso de apelación, pero nada más que en subsidio de la reposición para el caso que se haya negado lo que se pedía mediante ella. Esta apelación sólo se concede en el efecto devolutivo (art. 319, inc. 3º), y como se deduce en subsidio de un recurso de reposición, no es necesario fundamentarla ni formular peticiones concretas, siempre que el recurso de reposición cumpla con ambas exigencias (art. 189, inc. 3º).

¿Qué puede ocurrir en virtud del recurso de apelación? Se pueden presentar las siguientes situaciones: 1º que el tribunal superior confirme la resolución apelada; o sea, que no modifique, agregue ni suprima los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos señalados por el tribunal de primera instancia. En este caso no hay dificultad alguna; 2º que el tribunal superior modifique o agregue hechos substanciales, pertinentes y controvertidos nuevos. En tal evento sí que se presenta dificultad. El término probatorio puede haber vencido en el curso de todas estas diligencias. Ello tiene mucha importancia para los efectos de poder rendir la prueba testimonial, pues según hemos de ver,²⁴ el término probatorio tiene el carácter de fatal respecto de la prueba testimonial.

Lo que procede en este caso será la fijación de un término especial de prueba que abrirá el tribunal y que durará un tiempo prudencial, que de ningún modo podrá exceder de ocho días (art. 339, inc. 4º).²⁵⁻²⁶

²⁴ Vid. infra Nº 85.

²⁵ Vid. infra Nº 98.

²⁶ No hay que confundir ese término especial de prueba con la ampliación que las partes pueden pedir del término probatorio, materia reglamentada en los arts. 321 y 322 (vid. infra Nº 83). Esta materia es independiente de la variación que en el término probatorio pueda experimentar como consecuencia de concederse el recurso de apelación modificando o agregando hechos substanciales, pertinentes y controvertidos.

e) Si las partes no impugnan el auto de prueba mediante los recursos que la ley establece, debe tenerse por aceptado y consentido por ellas con los errores y omisiones que pueda contener.²⁷

La ley no dispone que la circunstancia de que el auto de prueba sea incompleto, en cuanto a los puntos de prueba fijados, signifique la falta del trámite esencial del recibimiento de la causa a prueba, y tanto es así que el art. 319 del C.P.C. concede recursos para ampliar o restringir los puntos de prueba determinados por el tribunal, lo que demuestra que el auto de prueba existe o se mantiene con posibles o ninguna modificación (R. de queja, 2.11.1979, R.D.J., tomo LXXVI, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 155).

79. APELACION DE LA RESOLUCION QUE NIEGA LA RECEPCION DE LA CAUSA A PRUEBA

Puede suceder que el tribunal estime que no hay hechos substanciales, pertinentes y controvertidos y, como consecuencia de ello, omita el trámite de la recepción de la causa a prueba. ¿Qué recursos franquea la ley a las partes para impugnar esta resolución? Da la respuesta el artículo 326, inciso 1º, 1ª parte, que dice: "Es apelable la resolución en que explícita o implícitamente se niegue el trámite de recepción de la causa a prueba, salvo el caso del inciso segundo del artículo 313".

Esta excepción se refiere al caso que las partes, de común acuerdo, soliciten al tribunal que falle el pleito sin más trámite; en este evento, por disposición expresa del artículo 313, el juez debe citar a las partes a oír sentencia, sin recibir la causa a prueba.

Al no existir regla especial, se aplica la regla general contenida en el Nº 2º del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, debiendo la apelación concederse en el solo efecto devolutivo.

²⁷ C. Sup., Rev. XXXIX-II-1ª-366.

80. APELACION DE LA RESOLUCION QUE ACOGE LA REPOSICION DE LA INTERLOCUTORIA QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA

Según el artículo 326, inciso 1º, 2ª parte, la resolución que acoge la reposición de la interlocutoria de prueba es apelable, pero sólo en el efecto devolutivo. Carece de sentido mantener en la actualidad esta norma específica de concesión del recurso de apelación en el solo efecto devolutivo, por cuanto, según la regla general introducida por la Ley Nº 18.705 en el Nº 2º del artículo 194 respecto de las sentencias interlocutorias, autos y decretos, éste debe ser concedido en esa forma.

Para los efectos de deducir el recurso de casación en el fondo debemos tener presente que la resolución que recibe la causa a prueba no es norma reguladora de la prueba, por no contener regla alguna sobre procedencia de determinados medios probatorios ni normas de apreciación valorativa de hechos (SCS, R.D.J. 1999, t. XCVI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 35, C. 9º).

Por otra parte, en cuanto a los efectos de la sentencia interlocutoria que recibe la causa a prueba, se ha declarado que la resolución que recibe la causa a prueba, en su calidad de sentencia interlocutoria, una vez a firme, produce cosa juzgada formal, pero no material o sustancial, y si bien es cierto que ya no es modificable, puede, al no conceder derechos a las partes, ser revocada (SCS, R.D.J. 1993, t. XC, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 67, C. 5º).

81. AMPLIACION DE LA PRUEBA

a) La interlocutoria de prueba puede ampliarse a hechos nuevos substanciales ocurridos durante el probatorio y que tengan relación con el asunto controvertido (art. 321, inc. 1º). "Será también admisible la ampliación a hechos verificados y no alegados antes de recibirse a prueba la causa, con tal que jure el que los aduce que sólo entonces han llegado a su conocimiento" (inc. 2º). La ampliación de la prueba por la ocurrencia de hechos nuevos, prevista en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, se refiere sólo a aquellos que ocurran en primera instancia, dentro del término probatorio, y a hechos verificados y no alega-

dos antes de recibirse la causa a prueba (Cas. forma 17.4.1975, R.D.J., tomo LXXII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 39).

b) La otra parte, al responder al traslado de la solicitud de ampliación, podrá también alegar hechos nuevos, pero siempre que reúnan las condiciones que hemos señalado en la letra a), o que tengan relación con los que en esa solicitud se mencionan (art. 322, inc. 1).

c) La ampliación de la prueba se tramita conforme a las reglas de los incidentes, en cuaderno separado, sin que esa solicitud suspenda el término probatorio (art. 322, inc. 2º).

d) Todos estos incidentes por los que se pide la ampliación de la prueba y cuyas causas existan simultáneamente, deberán promoverse a la vez; en caso contrario, si la parte los promueve después, deberán ser rechazados de oficio por el tribunal, salvo que se trate de hechos esenciales para el fallo del juicio (art. 322, inc. 3º, en relación con el 84, inc. 2º, y el 86).

O sea, la parte debe pedir la ampliación de la prueba inmediatamente que tenga conocimiento de los hechos nuevos y sobre todos los puntos que existan simultáneamente.

e) La resolución que da lugar a la ampliación de la prueba sobre hechos nuevos alegados durante el término probatorio es inapelable (art. 326, inc. 2º).²⁸

f) En los casos de los artículos 321 y 322, el tribunal, de estimar procedente la ampliación de prueba, debe conceder un término especial de prueba que se regirá por las normas del artículo 90, limitándose a 15 días el plazo total que establece en su inciso 3º y sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 431 (art. 327).

82. REQUISITOS PARA QUE SE PRACTIQUE UNA DILIGENCIA PROBATORIA

a) Toda diligencia probatoria debe practicarse previo decreto del tribunal que conoce de la causa, notificado a las partes (art. 324).

²⁸ La ampliación de la prueba no sólo no era admisible en nuestra antigua legislación procesal, sino que era prohibida expresamente (Leyes II, Tit. 15, Partida III; Iº, 2ª, 3ª, Tit. 10, Libro II, Nov. Rec.; y 2ª, Tit. 10, del Ordenamiento de Alcalá).

b) La resolución que dispone la práctica de una diligencia probatoria es inapelable (art. 326, inc. 2º).

83. OBLIGACION DE LA PARTE QUE QUIERA RENDIR PRUEBA TESTIMONIAL

a) La parte que quiera rendir prueba testimonial en el proceso, dentro de los cinco días siguientes a la resolución que recibe la causa a prueba, deberá presentar una minuta de los puntos sobre que piense rendir prueba de testigos, enumerados y especificados con claridad y precisión, y una nómina de los testigos de que piensa valerse, debidamente individualizados.

Si se ha interpuesto recurso de reposición, este plazo de cinco días comienza a correr desde que se notifica por el estado diario a las partes la resolución recaída sobre el último recurso.

Lo anterior lo exige el artículo 320.

b) Este plazo de cinco días es fatal en lo que se refiere a la lista de testigos; pues si ésta no se presenta en ese plazo, la parte pierde el derecho de rendir prueba testimonial, conforme lo dispone el artículo 372, inciso 2º.

La jurisprudencia ha estimado reiteradamente que si no se presenta la minuta de puntos de prueba, no hay sanción alguna, porque en este caso los testigos serán interrogados al tenor de los hechos controvertidos fijados por el tribunal.²⁹

Sin embargo, existe una interesante sentencia de la Corte de Concepción³⁰ que falla en sentido diverso, y cuya doctrina es la siguiente: "Las preguntas que se hagan a los testigos deben sujetarse al interrogatorio que debe acompañar cada parte, por que ésa es la única actuación del proceso que puede valer como cuestionario, ya que la resolución que recibe la causa a prueba sólo se reduce a enumerar hechos, sin formular preguntas o

²⁹ C. de Santiago, Rev. XXVI-II-2ª-42; C. Temuco, C.T. 1929, 1º, s. 68; C. de Valparaíso, C.T. 1930, 1º, s. 68; C. de Valparaíso, C.T. 1920, 1º, s. 100, pág. 480; C. de Valparaíso, C.T. 1920, 1º, s. 137, pág. 615.

³⁰ C. de Concepción, C.T. 1º, s. 97, pág. 453.

interrogaciones. En consecuencia, si no presenta la minuta de puntos de prueba o interrogatorio, las declaraciones de los testigos que se presenten carecerán del valor que la ley asigna a la de los testigos legalmente examinados, sin perjuicio de que si ya se han emitido tengan el valor de fundamento de presunciones judiciales, como cualquier hecho del proceso".

Creemos que se ajusta más a la letra y espíritu del artículo 320 la doctrina sustentada por la Corte de Concepción, por cuanto dicho artículo establece que "dentro de los cinco días... cada parte deberá presentar una minuta de los puntos sobre que piense rendir prueba de testigos". Y en su inciso 2º agrega: "Deberá también acompañar una nómina de los testigos..."

No vemos el porqué de la distinción hecha por la jurisprudencia en el sentido de que si no se acompaña lista de testigos, no puede rendirse la testifical; en cambio, si no se acompaña la minuta, es perfectamente procedente esa prueba. Es preciso tener presente que ambos incisos del artículo 320 están redactados en forma igualmente imperativa, y es lógico, entonces, que la omisión de cualquiera de las dos obligaciones impuestas por la ley a la parte que quiera rendir la testimonial —lista de testigos y minuta de puntos de prueba— acarree la misma sanción, o sea, la parte que omita cualquiera de estas dos obligaciones no puede rendir prueba de esa especie, conforme lo prescribe el artículo 372.

c) La minuta de puntos de prueba consiste en la enumeración de las preguntas concretas y precisas que se dirigen a los testigos por la parte que los presenta. La prueba, sin embargo, debe rendirse al tenor de los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos fijados por el tribunal en la respectiva resolución y las minutas que deben presentar las partes únicamente tienen por objeto detallar y concretar tales hechos fijados por el tribunal.

d) La lista o nómina de testigos debe expresar el nombre y apellido, domicilio y profesión u oficio; o sea, los testigos deben ser individualizados debidamente.

Sobre la indicación del domicilio, la jurisprudencia ha establecido que "no es aceptable la oposición al examen de un testigo fundada en que no se indicó en la lista respectiva el número de la calle en que vivía, si no consta que con esa omisión fuera

difícil o imposible su identificación",^{34,32} que tratándose de testigos que residen en lugares rurales, no es necesario indicar con precisión su morada y es bastante expresar la subdelegación en que habitan,³³ y que la designación del domicilio de los testigos debe hacerse con las indicaciones suficientes para identificarlos a fin de que la parte contra quien se prescanta pueda tener conocimiento de si les afecta o no alguna falta legal.³⁴

Sobre la indicación de la profesión hay jurisprudencia en el sentido de que si no hay duda sobre la identidad del testigo, puede examinarse no obstante haberse omitido su profesión en la lista respectiva.³⁵

e) No hay inconveniente alguno que las partes presenten la lista de testigos y la minuta de puntos de prueba antes que el auto de prueba les haya sido notificado por cédula, pues en este caso se estarían notificando tácitamente de esa resolución, dado lo dispuesto en el artículo 55,³⁶ pero no tienen valor alguno la lista de testigos y la minuta de puntos de prueba que han sido presentadas antes de recibirse la causa a prueba.³⁷

5º Término probatorio

84. CONCEPTO

a) Con la última notificación a las partes de la resolución que recibe la causa a prueba, si no se hubiere deducido recurso de reposición, o desde la notificación por el estado diario de la resolución del tribunal que se pronuncia sobre la última reposición si ella se hubiere hecho valer, se inicia el segundo período del juicio ordinario, llamado período de prueba.

³⁴ C. de Concepción, Rev. XXVI-II-2º-89.

³² En el mismo sentido: C. de Valparaíso, G.T. 1921, Iº, s. 148, pág. 687; C. de Concepción, Rev. VII-II-2º-70.

³³ C. de Concepción, G.T. 1927, 2º, s. 191; C. de Santiago, Rev. VII-2º-63.

³⁴ C. de Santiago, Rev. V-II-2º-63.

³⁵ C. de Talca, G. T. 1932, Iº, s. 80, pág. 328.

³⁶ C. de La Serena, G.T. 1932, Iº, s. 65, pág. 220; C. de Santiago, Rev. XXX-II-2º-478; C. de Concepción, G.T., 1933, 2º, s. 94, pág. 332.

³⁷ C. Sup., Rev. XXXIV-II-1º-32; C. de Concepción, G.T. 1928, Iº, s. 176.

- b) El término probatorio es, simplemente, el espacio de tiempo que la ley señala a las partes para rendir prueba en el juicio y, particularmente, para rendir la prueba testimonial.³⁸
- c) El término probatorio es fatal para los efectos de ofrecer y rendir la prueba testimonial, la cual sólo puede practicarse dentro de él (art. 340). En cambio, los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio en primera instancia hasta el vencimiento del término probatorio (art. 348). Consecuentemente a las demás pruebas, ellas sólo deberán solicitarse en primera instancia dentro del término probatorio si no hubieren sido pedidas con anterioridad a su iniciación (art. 327, inc. 1º). Coincidente con ello, el artículo 385 establece respecto de la absolución de posiciones o confesión provocada, que "esta diligencia se podrá solicitar en cualquier estado del juicio y sin suspender por ella el procedimiento, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda". Por otra parte, el artículo 412 dispone que el reconocimiento pericial "podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio".

85. CARACTERÍSTICAS DEL TÉRMINO PROBATORIO

- a) 1º *Es un término legal*. Ya que lo establece la ley, durante 20 días (art. 328). Sin embargo, también puede ser judicial, pues el juez está facultado en ciertos casos para señalar un término especial de prueba.³⁹ E, incluso, puede ser convencional, pues el artículo 328 faculta a las partes para que de común acuerdo restrinjan el término probatorio.
- b) 2º *Es un término común*. En cuanto al momento que empieza a correr, el término probatorio es un término común, dado lo dispuesto en el artículo 327, que dice que todo término probatorio es común para las partes; o sea, comienza a correr desde la última notificación de la resolución que recibe la causa a prueba si no se hubiere deducido reposición, o desde

³⁸ BENAVENTE, *El juicio ordinario*, pág. 58.

³⁹ Vid. infra N°s 96 a 103.

la notificación de la resolución que se pronuncia acerca de la última reposición si ella se hubiere deducido por las partes.

- c) 3º *Es un término fatal*, para ofrecer y rendir la prueba testimonial, para acompañar los documentos y para solicitar la realización de las otras diligencias probatorias.

86. CLASIFICACIÓN

- a) El Código de Procedimiento Civil establece tres especies de término probatorio, a saber:
- b) 1º *El término probatorio ordinario*. Constituye la regla general y está establecido por el artículo 328, inciso 1º. Dura 20 días, salvo que las partes de común acuerdo convengan en reducirlo (inc. 2º).
- c) 2º *El término extraordinario de prueba*. Que a su vez puede ser:
- 1) para rendir prueba dentro del territorio de la República, pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio, y 2) para rendir prueba fuera del territorio de la República.
- d) 3º *El término probatorio especial o término especial de prueba*. Establecido en los artículos 339 y siguiente.

87. 1º TÉRMINO PROBATORIO ORDINARIO

- a) Está señalado en el artículo 328. Su duración es de 20 días, salvo que las partes acuerden reducirlo.
- b) Puede rendirse durante él toda clase de pruebas, tanto en el territorio jurisdiccional donde se sigue el juicio como fuera de él y en cualquier parte fuera del territorio de la República, a pesar de la redacción del artículo 328, que da a entender que sólo podría rendirse prueba dentro del territorio jurisdiccional. Por lo demás, así lo hace expresamente el artículo 334: "Se puede, durante el término ordinario, rendir prueba en cualquier parte de la República y fuera de ella".
- c) Naturalmente que en la mayoría de los casos va a resultar insuficiente el término ordinario para rendir prueba fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio y fuera de la República, y por esa razón la ley ha establecido el término extraordinario.

88. 2º TÉRMINO PROBATORIO EXTRAORDINARIO

- a) Se encuentra reglamentado en los artículos 329 y siguientes.
- b) Como lo hemos visto, este término extraordinario puede ser de dos clases: 1) para rendir prueba dentro del territorio de la República pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio; y 2) para rendir prueba fuera del territorio de la República.

Se acostumbra hacer esta diferencia, pues la manera como debe concederse y la caución que debe rendirse son distintas según se trate de uno u otro término.⁴⁰

- c) En ambos términos extraordinarios es preciso distinguir dos elementos: 1º el término ordinario de prueba, vale decir, los 20 días; y 2º el aumento que corresponde según la tabla de emplazamiento, que varía según la distancia a que se encuentra el lugar en donde va a rendirse la prueba, con relación al lugar en que está ubicado el tribunal ante el que se sigue el juicio.

89. JUICIOS EN QUE PROCEDE

- a) El término extraordinario de prueba procede en los siguientes casos:

- 1º En el juicio ordinario de mayor cuantía (arts. 329 y sigs.);
- 2º En el juicio ordinario de menor cuantía, no pudiendo en este caso ser el término total superior a 20 días (art. 698, Nº 3º);
- 3º En el juicio sumario, sin que pueda exceder de 30 días (arts. 682 y 90);
- 4º En los juicios de hacienda, siempre que ellos se tramiten de acuerdo con las reglas de los juicios en que proceda el aumento extraordinario (art. 748);
- 5º En los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio perpetuo (art. 753);
- 6º En los juicios sobre cuentas (art. 693);
- 7º En los juicios sobre alimentos (Ley Nº 5.750, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y sus modificaciones posteriores);

⁴⁰ Vid. infra Nº 93.

8º En los juicios sobre pago de ciertos honorarios (art. 697);

9º En los juicios seguidos ante árbitros de derecho, cuando estén conociendo de cuestiones que puedan o deban ser objeto de arbitraje y que se tramiten conforme a las reglas de los juicios en que proceda el aumento extraordinario (arts. 228, inc. 2º, del C.O.T. y 628) y

10º En el juicio ejecutivo, pero el aumento no podrá exceder en total de 20 días y siempre que lo pida el ejecutante (art. 468).

b) En todos los demás juicios, el término extraordinario de prueba es imprecendente.

90. CUANDO DEBE PEDIRSE

Dice el artículo 332: "El aumento extraordinario para rendir prueba deberá solicitarse antes de vencido el término ordinario, determinando el lugar en que dicha prueba debe rendirse".

91. COMO CORRE ESE AUMENTO

a) Estatuye el artículo 333: "Todo aumento del término ordinario continuará corriendo después de éste sin interrupción y sólo durará para cada localidad del número de días fijado en la tabla respectiva".

b) Se cuentan entonces primero los 20 días del término ordinario y se le agregan luego los que corresponden según la tabla de emplazamiento, sin que haya interrupción entre ambos términos.

92. DONDE PUEDE RENDIRSE LA PRUEBA DURANTE EL TÉRMINO EXTRAORDINARIO

Sólo puede rendirse en aquellas localidades para las cuales ha sido concedido el término extraordinario. Ello resulta del artículo 335 que establece: "Vencido el término ordinario, sólo podrá rendirse prueba en aquellos lugares para los cuales se haya otorgado aumento extraordinario del término".

93. DIFERENCIAS ENTRE EL TÉRMINO EXTRAORDINARIO PARA RENDIR PRUEBA DENTRO DEL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA Y EN EL EXTRANJERO

a) Sabemos que el término extraordinario es de dos clases: 1) para rendir prueba dentro del territorio de la República, pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio; y 2) para rendir prueba fuera del territorio de la República. Esta distinción no se hace por mero capricho. Tiene importancia, pues las condiciones para otorgar estos aumentos extraordinarios son distintas y la forma como se concede también lo es. Veamos esas diferencias.

b) *Primera diferencia.* 1) El aumento extraordinario para rendir prueba dentro del territorio de la República, pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio, lo concede el juez por el solo hecho de que se pida, "salvo que haya justo motivo para creer que se pide maliciosamente con el solo propósito de dilatar el curso del juicio" (art. 330);

2) En cambio, el aumento extraordinario para rendir prueba fuera del territorio de la República no se concede por el solo hecho de pedirlo, sino que hay que acompañar al tribunal antecedentes que hagan verosímil la existencia de medios probatorios en el extranjero o la existencia de testigos que puedan deponer sobre el asunto controvertido. Al respecto establece el artículo 331:

"No se decretará el aumento extraordinario para rendir prueba fuera de la República sino cuando concurren las circunstancias siguientes:

"1ª Qué del tenor de la demanda, de la contestación o de otra pieza del expediente aparezca que los hechos a que se refieren las diligencias probatorias solicitadas han acaecido en el país en que deban practicarse dichas diligencias, o que allí existen los medios probatorios que se pretende obtener;

"2ª Que se determine la clase y condición de los instrumentos de que el solicitante piensa valerse y el lugar en que se encuentran; y

"3ª Que, tratándose de prueba de testigos, se exprese su nombre y residencia o se justifique algún antecedente que haga presumible la conveniencia de obtener sus declaraciones".

c) *Segunda diferencia.* 1) El aumento extraordinario para rendir prueba dentro de la República, pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio, se concede con citación, es decir, la parte contraria puede oponerse dentro del término de la citación; si no se opone, se rinde la prueba en el término extraordinario concedido por el tribunal (art. 336, inc. 1ª, 1ª parte);

2) El aumento extraordinario para rendir prueba fuera de la República se concede con audiencia (art. 336, inc. 1ª, 2ª parte); es decir, se genera un incidente, debiendo el tribunal dar traslado de la solicitud en que se pida el nuevo término a la parte contraria. En este caso, es necesario que el tribunal dicte una resolución fallando el incidente para que se origine el término probatorio extraordinario, haya existido o no oposición de la parte contraria.

d) *Tercera diferencia:* 1) Si se solicita el término extraordinario para rendir prueba dentro del territorio de la República, pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio, no se le exige al solicitante acompañar caución de ninguna especie para indemnizar posibles perjuicios a la contraparte.

2) En cambio, para conceder el término extraordinario para rendir prueba fuera de la República, "exigirá el tribunal, para dar curso a la solicitud, que se deposite en arcas fiscales una cantidad, que no baje de medio sueldo vital ni sea superior a dos sueldos vitales, para que sirva de caución" (art. 338, inc. 1º).

94. INCIDENCIAS A QUE PUEDE DAR LUGAR LA SOLICITUD DE AUMENTO EXTRAORDINARIO DEL TÉRMINO PROBATORIO

a) Vimos que la solicitud de aumento extraordinario para rendir prueba dentro del territorio de la República, pero fuera del territorio jurisdiccional del tribunal en donde se sigue el juicio, se concede con citación.⁴¹ Si la otra parte se opone al aumento, den-

⁴¹ Vid. supra Nº 93, letra c).

tro de la citación, se produce el incidente correspondiente, el que debe tramitarse en pieza separada, sin que se suspenda por ello el término probatorio (art. 336, inc. 2º); pero no se contarán en el aumento extraordinario los días transcurridos mientras dure el incidente sobre concesión del mismo (art. 336, inc. 3º).

b) Cuando se solicita aumento extraordinario para rendir prueba fuera de la República, siempre se producirá un incidente,⁴² por consiguiente, se producirá la situación que acabamos de ver en la letra a) de este número (art. 336, incs. 2º y 3º).

c) ¿Desde cuándo comienza a correr el término extraordinario de prueba, si la parte que ha perdido el incidente apela de la resolución que lo concede, y la apelación es rechazada? La jurisprudencia ha estimado que "apelada la resolución que concede un término extraordinario de prueba ésta empieza a correr desde que se notifica el cumplimiento a la resolución confirmatoria de ella".⁴³⁻⁴⁴ En la actualidad ello no es así, puesto que la resolución que falla el incidente es apelable en el solo efecto devolutivo (art. 194 Nº 2), por lo que el término probatorio extraordinario comienza a correr desde que se notifica a las partes la resolución que falle el incidente acerca de la solicitud de aumento.

95. SANCION EN QUE INCURRE EL LITIGANTE TEMERARIO

a) El inciso 2º del artículo 338 dispone que la parte que ha obtenido aumento extraordinario para rendir prueba fuera de la República perderá la cantidad consignada, que se mandará aplicar al Fisco, si resulta establecida en el proceso alguna de las circunstancias siguientes: 1º que no ha hecho diligencia alguna para rendir la prueba pedida; 2º que los testigos señalados, en el caso del artículo 331, no tenían conocimiento de los hechos, ni se han hallado en situación de conocerlos, y 3º que los testigos o documentos no han existido nunca en el país en que se ha pedido que se practiquen las diligencias probatorias.

⁴² Vid. supra Nº 93, letra c).

⁴³ C. de Santiago, Rev. XXVI-II-2-369.

⁴⁴ Vid. arts. 192 y 194, Nº 2.

b) Además de esta sanción, existe otra contemplada en el artículo 337, aplicable a ambos términos extraordinarios: si la parte no rinde la prueba o rinde una impertinente, será obligada a pagar a la otra los gastos en que ésta haya incurrido para presenciar las diligencias pedidas, sea personalmente, sea por medio de mandatarios. Esta condenación se impondrá en la sentencia definitiva y podrá el tribunal exonerar de ella a la parte que acredite no haberla rendido por motivos justificados.

96. 3º TERMINO PROBATORIO ESPECIAL O ESPECIAL DE PRUEBA

a) La regla general es que el término probatorio corra ininterrumpidamente y no se suspenda en caso alguno; salvo que todas las partes de común acuerdo lo soliciten al tribunal (art. 339, inc. 1º, 1ª parte).

b) Como puede ocurrir que se produzcan accidentes que impidan rendir la prueba, la ley da al juez la facultad de conceder a la parte afectada un término especial de prueba, cuya duración la fija prudencialmente, dentro de cierto límite, pero siempre que la parte interesada reclame oportunamente del entorpecimiento.

c) El incidente que da lugar al término especial se tramita en cuaderno separado (art. 339, inc. 1º, 2ª parte).

97. OBLIGACION QUE TIENE LA PARTE AFECTADA POR EL ENTORPECIMIENTO

a) Si durante el término probatorio ocurre un entorpecimiento que imposibilite la recepción de la prueba, sea absolutamente, sea respecto de algún lugar determinado, podrá otorgarse por el tribunal un nuevo término especial por el número de días que haya durado el entorpecimiento y para rendir prueba sólo en el lugar a que dicho entorpecimiento se refiera (art. 339, inc. 2º).

b) No puede usarse de este derecho si no se reclama del obstáculo que impide la prueba en el momento de presentarse o dentro de los tres días siguientes (art. 339, inc. 3º).

c) El término especial de prueba es un término supletorio, pues dura el número de días que dure el entorpecimiento. Si el entorpecimiento que ha impedido rendir la prueba no puede atribuirse a culpa del que solicita término especial y tal entorpecimiento fue reclamado oportunamente, debe concederse dicho término especial.⁴⁵

d) Un caso que imposibilitaría absolutamente la recepción de la prueba sería la recusación del juez de la causa; y habría entorpecimiento en cuanto a un lugar determinado por una incomunicación debida a una revolución armada, un temporal u otro impedimento de igual gravedad.

La jurisprudencia ha estimado que no se considera impedimento la dificultad para obtener copias de unos documentos.

98. CASO DE IMPEDIMENTO TRATADO POR EL ARTICULO 339, INCISO FINAL

a) Al estudiar los recursos que procedían contra la resolución que recibe la causa a prueba⁴⁶ vimos que las partes podían reclamar de ella por medio de la reposición y de la apelación subsidiaria, entre otras razones, porque el tribunal había omitido incluir en la resolución que recibe la causa a prueba ciertos hechos substanciales, pertinentes y controvertidos.

b) Puede suceder que el tribunal de primera instancia rechace la reposición, pero que el superior acoja la apelación subsidiaria y ordene que se agreguen otros hechos substanciales, pertinentes y controvertidos. Como la apelación se concede en el solo efecto devolutivo, puede suceder, a todo esto, que haya transcurrido el término probatorio ordinario. La ley ha previsto esta situación, y ha dispuesto que en este caso el juez deberá conceder un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente, pero que no podrá exceder de ocho.

Este término especial tiene la particularidad de que no es necesario que la parte reclame el entorpecimiento.

c) Con respecto a la prueba ya producida y que no está afectada por la resolución del tribunal de alzada, tiene pleno valor (art. 339, inc. final).⁴⁷

99. CASO DE IMPEDIMENTO TRATADO POR EL ARTICULO 340, INCISO 2º

a) Otro caso que puede presentarse y que está contemplado especialmente por el artículo 340, inciso 2º, dice relación con la prueba testimonial que, como sabemos, debe rendirse dentro del término probatorio, para cuyos efectos es un plazo fatal.

b) Puede suceder que el examen de los testigos se haya iniciado en tiempo hábil, pero que él no haya podido concluirse por causas ajenas a la voluntad de la parte afectada. Procede en este caso solicitar un término especial a objeto de examinar a los testigos que no alcanzaron a serlo en el término ordinario. El plazo especial debe ser breve y su duración queda entregada al criterio del tribunal que lo debe fijar por una sola vez.

c) La petición para estos efectos debe hacerse durante el probatorio o dentro de los tres días siguientes a su vencimiento.

100. CASO DE IMPEDIMENTO TRATADO POR EL ARTICULO 340, INCISO FINAL

Esta disposición establece: "Siempre que el entorpecimiento que imposibilite la recepción de la prueba sea la inasistencia del juez de la causa, deberá el secretario, a petición verbal de cualquiera de las partes, certificar el hecho en el proceso y con el mérito de este certificado fijará el tribunal nuevo día para la recepción de la prueba".

Llamamos la atención que en este caso el juez debe proceder de oficio para fijar nuevo día y hora para rendir la prueba.

⁴⁵ C. de Valparaíso, C.T. 1931, 1º, s. 63, pág. 285.

⁴⁶ Vid. supra Nº 78.

⁴⁷ Este inc. final fue agregado por el art. 1º de la Ley Nº 7.760, de 5 de febrero de 1944.

101. TERMINO ESPECIAL DE PRUEBA SEÑALADO EN EL ARTICULO 159, INCISO 3º

El artículo 159 autoriza al tribunal para que, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, disponga de oficio, como medidas para mejor resolver, determinadas pruebas o ciertas diligencias.

Las medidas decretadas deben cumplirse dentro del plazo de 20 días contados desde la notificación por el estado diario de la resolución que las decreta. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite.

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En este evento se aplicará lo establecido en el inciso 2º del artículo 90. Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite. La resolución que abre el término especial de prueba será apelable en el solo efecto devolutivo.

102. TERMINO ESPECIAL DE PRUEBA SEÑALADO EN LOS INCISOS 2º Y 3º DEL ARTICULO 402

Estas disposiciones establecen que la parte que ha prestado confesión en el juicio sobre hechos personales de ella, puede revocarla, si ha padecido error de hecho y ofrece justificar esa circunstancia; y que también puede revocarla, aun cuando no haya padecido error de hecho, si los hechos confesados no son personales del confesante.

En ambos casos, para acreditar esas circunstancias, el tribunal puede abrir un término especial de prueba, si lo estima conveniente y ha expirado el probatorio de la causa.⁴⁸

⁴⁸ Vid. infra Nº 213.

103. TERMINO ESPECIAL DE PRUEBA SEÑALADO EN EL ARTICULO 376

La prueba de tacha de testigos, por regla general, se rinde dentro del término concedido para la cuestión principal. Sin embargo, según lo dispone el artículo 376, si éste está vencido o lo que resta de él es insuficiente, el tribunal debe conceder un término especial para el solo efecto de rendir la prueba de tachas, término que no puede exceder de 10 días, pero al cual puede agregársele el aumento extraordinario que concede el artículo 329 (tabla de emplazamiento) en los casos a que él se refiere.

6º Los medios de prueba

104. CONCEPTO

a) Habíamos dicho que la prueba es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los hechos. Dijimos también que la teoría de la prueba tiene por objeto los hechos, pues el derecho no se prueba, sino que se interpreta; y que sólo en eventos muy calificados debe probarse, en caso de aplicar el derecho extranjero o la cumbre.

b) Se entiende por medio de prueba, el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción.⁴⁹ La ley ha indicado con claridad y precisión y en forma taxativa los medios de prueba; no ha dejado éstos entregados al arbitrio o capricho de los particulares.

105. MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDEN SER OBJETO DE APRECIACION POR EL TRIBUNAL

a) El artículo 1698, inciso 2º, del Código Civil dispone: "Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testi-

⁴⁹ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 177.

gos, presunciones, confesiones de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez".⁵⁰

El Código de Procedimiento Civil, por su parte, en el artículo 341 estatuye: "Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son:

- "Instrumentos;
- "Testigos;
- "Confesión de parte;
- "Inspección personal del tribunal;
- "Informes de peritos, y
- "Presunciones".

Como puede notarse, el Código de Procedimiento Civil agregó a los medios de prueba señalados por el Código Civil el informe de peritos.

b) La enumeración que hacen los artículos 1698, inciso 2º, del Código Civil y 341, es taxativa, o sea, que fuera de ellos no existen otros para probar la existencia de un hecho en juicio.

c) Sin embargo, la jurisprudencia, frente a situaciones capitales ha considerado otros, pero siempre encasillándolos dentro de los medios probatorios clásicos. Por ejemplo, la fotografía, la radiografía (muy usada en casos de juicios de accidentes del trabajo), como prueba instrumental; el análisis de la sangre, etc.

106. CLASIFICACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

a) Los medios de prueba admiten diversas clasificaciones. Las más importantes son:

b) 1º *Medios preconstituídos y medios circunstanciales*. Los primeros son aquellos que las partes crean en el momento de la celebración de un negocio jurídico con el objeto de consignar sus modalidades en la eventual previsión de un litigio, como los instrumentos públicos y privados.⁵¹

⁵⁰ La referencia que este inciso hace al juramento deferido ha quedado sin efecto en virtud de los arts. 4º y 5º de la Ley N° 7.760, de 5 de febrero de 1944, que suprimió dicho medio probatorio. El art. 341 del C.P.C. ha agregado a esta enumeración el informe de peritos.

⁵¹ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 177.

Los medios circunstanciales son los que nacen después de producido un hecho, como la prueba testimonial que se genera dentro del proceso.⁵²

c) 2º *Medios directos y medios indirectos*. Los medios directos son aquellos que permiten al tribunal formarse su convicción por la observación propia y directa del hecho, como la prueba de inspección personal del tribunal.⁵³

Los medios indirectos son aquellos que permiten al tribunal formarse su convicción no por la observación propia y directa del hecho, sino a través de otros hechos o terceros, como la prueba testimonial.⁵⁴

d) *Medios que hacen plena prueba y medios que hacen semiplena prueba*. Los primeros son absolutamente eficaces por sí solos para probar un hecho; aquellos que demuestran, sin dejar duda, la existencia de un hecho, como la prueba confesional prestada sobre hechos personales del confesante.⁵⁵

Los medios que hacen semiplena prueba son los que sirven de base a presunciones judiciales, o sea, cuando de ese medio sólo surge la posibilidad de probar la existencia de un hecho.⁵⁶

c) 4º Los medios que hacen plena prueba pueden ser simples o compuestos. Es simple cuando por sí solo constituye prueba suficiente, como la confesión; es compuesta, cuando la prueba resulta de la reunión de diversos medios.⁵⁷

107. REGLAS REGULADORAS DE LA PRUEBA

a) El Código Civil se ha preocupado de reglamentar la admisibilidad de los diversos medios probatorios, o sea su procedencia, y su valor probatorio absoluto o relativo, es decir su eficacia. El Código de Procedimiento Civil ha reglamentado especialmente

⁵² ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 177.

⁵³ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 177.

⁵⁴ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 177.

⁵⁵ BENAVENTE, *El juicio ordinario*, pág. 69.

⁵⁶ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 177.

⁵⁷ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 177.

te su forma de producción, en otras palabras, de qué modo se produce la prueba ante los tribunales para que ella sea eficaz.⁵⁸

b) Todas estas reglas, tanto de derecho sustantivo como formal, constituyen las llamadas reglas reguladoras de la prueba, que podemos definir como el conjunto de normas que indican cuáles son los medios de prueba, la manera como deben hacerse valer en juicio, el valor probatorio que tienen y la preferencia que debe dársele a cada uno de ellos cuando concurren varios en un mismo juicio.⁵⁹

c) El conocimiento de estas reglas reguladoras de la prueba es importantísimo; pues si el juez no las observa en su fallo, falla mal el pleito y la sentencia puede ser anulada, por medio de un recurso de casación en la forma, e, incluso, de fondo; en este último caso porque ha infringido la ley, o sea,⁶⁰ las normas reguladoras de la prueba. Así, la Corte Suprema ha fallado que se incurre en infracción de las leyes reguladoras de la prueba, principalmente cuando se admiten probanzas que la ley no per-

⁵⁸ Se discute si las normas que rigen la apreciación de la prueba son de derecho sustancial o procesal. Así, E. J. Couture en *Fundamentos*, pág. 134, dice: "La razón que se da habitualmente en favor de la tesis de que los temas de la eficacia de la prueba son de derecho material y no de derecho procesal, radica en la supuesta exigibilidad de la estabilidad de las convenciones, en la necesidad de contar de antemano con una prueba preconstituida y de la eficacia a priori de ciertos negocios jurídicos. Se procura, asimismo, atribuir a la consecuencia de que la eficacia de la prueba queda fuera del principio de aplicación inmediata, que es característica de las leyes procesales".

Sin embargo, este punto ha quedado totalmente dilucidado en doctrina, estimándose que las normas que regulan la apreciación de la prueba son de derecho procesal* porque "la prueba es tanto como una actividad de los litigantes, un instrumento de convicción del juez. En todo el panorama de la prueba, lo que prevalece es la figura del magistrado, decidiendo los hechos en razón de principios de lógica probatoria, en consideración al interés general por los fines mismos del derecho".**

* En este sentido: Chiovenda, "La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo", en *Ensayos*, tomo I, pág. 393; Redenti, Profili, Andrioli, Prova, todos citados por Couture, *Fundamentos*, pág. 135. También Carnelutti, *Sistema*, tomo II, pág. 675.

** Couture, *Fundamentos*, pág. 135.

⁵⁹ Benavente, *El juicio ordinario*, pág. 66.

⁶⁰ C. Sup., Rev. XLI-II-1-257.

mite o se rechazan medios probatorios que ella autoriza,⁶¹ y que las únicas situaciones en que se pueden infringir las leyes reguladoras de la prueba son aquellas en que se invierte el peso de la misma; se acepta un medio que la ley rechaza o se desestima alguno que ella autoriza o se altera el valor probatorio de los distintos medios o elementos de convicción producidos en el juicio.⁶²

d) Las leyes reguladoras de la prueba constituyen normas básicas de juzgamiento, que contienen obligaciones, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores; su infracción se produce cuando la sentencia quebranta o se aparta de tales limitaciones, pero no se infringen cuando los jueces ponderan los elementos de hecho y llegan a conclusiones determinadas. Los jueces sentenciadores son soberanos en relación con los hechos y éstos no pueden ser alterados por el tribunal de casación (SCS, R.D.J. 1987, t. LXXXIV, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 95, C. 5º).

108. PRUEBAS LEGALES, REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y DE LA LIBRE CONVICCION

a) Las pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia de determinados medios probatorios. Ya hemos visto en qué consisten y hemos dicho también que el Código de Procedimiento Civil sigue este sistema.

b) El principio de las reglas de la sana crítica constituye una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. No tiene ni la excesiva rigidez de la primera ni la excesiva incertidumbre de la última. "Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el

⁶¹ C. Sup., Rev. XXXI-II-1-394.

⁶² SCS, R.D.J. 1992, t. LXXXIX, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 131, C. 3º. En el mismo sentido, SCS, R.D.J. 1983, t. LXXX, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 105, C. 7º; SCS, R.D.J. 1984, t. LXXXI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 64, C. 7º; SCS, R.D.J. 1993, t. XC, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 129, C. 2º; SCS, R.D.J. 2000, t. XCVII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 132, C. 18; pág. 141, C. 10.

magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción.⁶³

c) La libre convicción es "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medio de información susceptible de ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos".⁶⁴

109. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PRUEBA JUDICIAL Y DE LA PRUEBA LEGAL

a) Se ha discutido acerca de las ventajas o desventajas de la prueba judicial (que comprende las reglas de la sana crítica y de la libre convicción) y de la prueba legal.

b) Se ha dicho que la prueba judicial permite que el fallo se ajuste más a la justicia; pero si bien es verdad en algunos aspectos, no ocurre lo mismo en cuanto a la certeza, porque siempre las partes quedarán en la duda de si el tribunal les dio a las pruebas rendidas su real valor. La verdadera y gran ventaja de la prueba legal radica en que la valoración de la prueba hecha por la ley incita a las partes a proveerse, en los límites de lo posible, de pruebas eficaces, facilitando así la tramitación de los juicios, por un lado, y les permite prever a ellas, hasta cierto punto, el resultado del juicio, con las ventajas innegables que ello significa en orden a la disminución de los juicios, por el otro.

c) En materia de procedimiento civil el arbitrio del tribunal en esta materia está muy restringido, pues, como hemos visto,

⁶³ COUTURE, *Fundamentos*, pág. 144.

⁶⁴ COUTURE, *Fundamentos*, pág. 146.

el legislador ha determinado con toda precisión la aplicación de los diversos medios de prueba y su valor probatorio. En cambio, en materia penal existe cierta libertad para apreciar el valor probatorio de los diversos medios; queda ello entregado a la convicción íntima del juez y éste no puede condenar en tanto no la adquiere basado en los medios de prueba que admite la ley (art. 456 bis del C.P.P.).

En el nuevo sistema procesal penal se consagra como principio general el sistema de apreciación de la prueba de la sana crítica, conforme a lo previsto en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

ciertos autores como consecuencia de que los Códigos de sus países contemplan solamente los segundos (así ocurre en el C.C. de Napoleón y los que se basaron en éste, como el colombiano, el chileno, el español, los anteriores italiano y venezolano, etc.; e inclusive en algunos Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal). (Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, pág. 542.)

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de documento es sinónimo al de instrumento, puesto que sólo se encarga nuestro legislador, por los antecedentes históricos mencionados, de regular sólo los documentos como representaciones escritas, y no se le otorga este carácter documental a las otras formas de representaciones del pensamiento.

Es así como en el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal los documentos consistentes en representaciones no escritas no se regulan dentro de la prueba instrumental, sino que como medios de prueba no contemplados en la ley y que siempre llegan a tener un valor probatorio inferior a los instrumentos al servir sólo de base de una presunción judicial.

Por otra parte, nuestro legislador utiliza como sinónimos las expresiones de documentos e instrumentos. Es así como por ejemplo dentro del párrafo 4 "De los documentos", del Título III del Libro II, Primera Parte, del Código de Procedimiento Penal, sólo se encarga de reglamentar los instrumentos públicos y privados en cuanto a su forma de acompañarse al proceso para que tengan eficacia; y en el párrafo 5 "De la prueba instrumental" del Título IV del Libro II, Segunda Parte, del Código de Procedimiento Penal, regula el valor probatorio de los instrumentos públicos y privados.

En consecuencia, considerado desde un punto de vista restrictivo el documento, éste pasa a ser sinónimo del concepto de instrumento. Desde este punto de vista restrictivo, documento o instrumento es todo escrito en que se consigna algo.

La prueba instrumental es de gran importancia porque no merece los reparos de la prueba testimonial. Este criterio se refleja en el dicho formulado por Montesquieu: "La escritura es un testigo que difícilmente se corrompe".

"Los documentos suministran una representación permanente y relativamente segura de los hechos que pueden interesar

1º Generalidades

110. CONCEPTO Y CLASIFICACION

a) También se le llama prueba documental o literal, y es la que se produce mediante instrumentos.

b) En un sentido amplio, documento es todo objeto nominalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos (Couture). Documento, en sentido amplio, es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento: como una voz grabada eternamente. Como el medio común de representación material es la escritura, los documentos más importantes son las escrituras (Chiovenda).

En consecuencia, para los que otorgan un sentido amplio al concepto de documento, este sería toda representación material destinada a reproducir una manifestación del pensamiento, dentro de la cual no sólo caben las representaciones escritas denominadas instrumentos, que no son más que una especie de los documentos, sino que también los otros documentos de carácter no instrumental como son las fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, radiografías, electrocardiogramas, planos, cuadros, dibujos, etc.

Es por ello que se ha señalado que constituye un error identificar los documentos como los instrumentos, como lo hacen

más tarde a un proceso o que suelen hacerse valer en las relaciones de sociedad extraprocesalmente, por lo cual es enorme su importancia como instrumento de certeza jurídica, de realización espontánea y pacífica de los derechos. De ahí la tendencia inmemorial a exigir el escrito como prueba de ciertos actos jurídicos e inclusive como requisito para su nacimiento y validez, que en el derecho moderno ha disminuido en cuanto a lo primero y se ha acentuado para lo segundo. La importancia del documento es consecuencia lógica de sus múltiples funciones" (Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, págs. 511 y 512). Por otra parte, este medio de prueba es normalmente escaso porque generalmente los conflictos no quedan en un documento, salvo en el juicio ejecutivo, en el que se requiere como presupuesto la existencia de un título.

c) La expresión instrumento es confundida generalmente con la expresión título; pero en esencia son inconfundibles, puesto que, como lo hemos dicho, el instrumento es todo escrito que da testimonio de un hecho, el papel en que queda constancia de una obligación, la materialidad misma; al paso que el título es la fuente creadora del derecho, es el acto jurídico que sirve de fuente o de causa al derecho que consta en el instrumento.

d) Los instrumentos son de dos clases: instrumentos públicos e instrumentos privados.

2º Instrumentos públicos

111. CONCEPTO

El artículo 1699, inciso 1º, del Código Civil define el instrumento público: "Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario".

112. REQUISITOS

a) De la definición dada fluyen sus requisitos: 1º el instrumento público debe ser otorgado por competente funcionario,

y 2º debe otorgarse, además, cumpliendo con las formalidades legales que varían según el instrumento de que se trata.

b) El funcionario es competente cuando en él inciden las circunstancias siguientes: 1º que esté autorizado por la ley para el efecto; 2º que actúe dentro del marco de las facultades que la ley le otorga, y 3º que actúe dentro de su territorio jurisdiccional.

El funcionario competente es diferente según sea la naturaleza del instrumento otorgado. Así, en las sentencias el funcionario competente es el juez, cuya firma es autorizada por el secretario del tribunal; en las escrituras públicas, el notario; en las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción, el oficial del Registro Civil; etc.

113. CLASIFICACION

a) El artículo 1699 del Código Civil establece: "Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

"Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública".

b) Del artículo transcrito se desprende que los instrumentos públicos pueden clasificarse en dos categorías: 1º instrumentos públicos propiamente tales, y 2º escrituras públicas.

3º Las escrituras públicas⁶⁵

114. CONCEPTO

a) El artículo 403 del Código Orgánico de Tribunales define en forma más precisa la escritura pública que el artículo 1699, inciso 2º, del Código Civil. Ese artículo dispone: "Escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público".

⁶⁵ Nos referiremos en forma muy somera a este tema.

b) De esta definición resulta que la escritura pública es una especie de instrumento público; o sea, este último es el género, y aquélla, la especie.

115. REQUISITOS

a) Del artículo 403 del Código Orgánico de Tribunales se desprende que la escritura pública, para ser tal, necesita la concurrencia de dos requisitos: 1º que sea autorizada por un notario competente con las solemnidades legales, y 2º que se incorpore en su protocolo o registro público.

b) 1º En cuanto al primer requisito, debemos recordar que el Código Orgánico de Tribunales define al notario en el artículo 399: "Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende". Los artículos 402 y siguientes del mismo Código contemplan las solemnidades que deben cumplirse para el otorgamiento de una escritura pública.

c) 2º Con relación al segundo requisito no está de más transcribir el artículo 429 del Código Orgánico de Tribunales, que explica cómo se forma el protocolo. Dice esa disposición:

"Todo notario deberá llevar un protocolo, el que se formará insertando las escrituras en el orden numérico que les haya correspondido en el repertorio.

"A continuación de las escrituras se agregarán los documentos a que se refiere el artículo 415 (los documentos protocolizados), también conforme al orden numérico asignado en el repertorio.

"Los protocolos deberán empastarse, a lo menos, cada dos meses, no pudiendo formarse cada libro con más de quinientas fojas, incluidos los documentos protocolizados, que se agregarán al final en el mismo orden del repertorio. Cada foja se numerará en su parte superior con letras y números.

"En casos calificados, los notarios podrán solicitar de la Corte de Apelaciones respectiva autorización para efectuar los empastes por períodos superiores, siempre que no excedan de un año.

"Cada protocolo llevará, además, un índice de las escrituras y documentos protocolizados que contenga, y en su confección se observará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 431. Se iniciará con un certificado del notario en que exprese la fecha en que lo inicie, enunciación del respectivo contrato o escritura y nombre de los otorgantes de la escritura con que principia.

"Transcurridos dos meses, desde la fecha de cierre del protocolo, el notario certificará las escrituras que hubieren quedado sin efecto por no haberse suscrito por todos los otorgantes. Este certificado se pondrá al final del protocolo indicando el número de escrituras y documentos que contiene y la enunciación de las que hayan quedado sin efecto".

Hay que tener presente que la escritura pública queda incorporada al protocolo, forma parte integrante de él, y no puede ser desglosada. Lo que obtienen los particulares son copias de ellas, sin que en la actualidad se distinga entre primera o segunda copias.

Para terminar con lo relativo a los requisitos, copiaremos el artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales, que se ha encargado de especificar las condiciones, aunque en forma negativa, que debe llenar una escritura pública. Establece:

"No se considerará pública o auténtica la escritura:

"1. Que fuere autorizada por persona que no sea notario, o por notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal;

"2. Que no esté incorporada en el protocolo o que éste no pertenezca al notario autorizante o al de quien esté subrogado legalmente;

"3. En que no conste la firma de los comparecientes o no se hubiere salvado este requisito en la forma prescrita en el artículo 408;

"4. Que no esté escrita en idioma castellano;

"5. Que en las firmas de las partes o del notario o en las escrituras manuscritas, no se haya usado tinta fija, o de pasta indeleble, y

"6. Que no se firme dentro de los sesenta días siguientes de su fecha de anotación en el repertorio".

116. DE LA PROTOCOLIZACION

a) Escritura pública no es lo mismo que documento protocolizado. La protocolización es una institución de gran importancia reglamentada por el Código Orgánico de Tribunales.

b) El artículo 415, inciso 1º, del citado cuerpo de leyes define la protocolización: "Protocolización es el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita".

Ya hemos visto lo que, según el artículo 429 del Código Orgánico de Tribunales, debe entenderse por protocolo,⁶⁶ que no está formado sino por la materialidad de las escrituras públicas. Ahora bien, el artículo 415 del Código recién citado nos dice que protocolizar es agregar un documento al final de un registro o protocolo. Nótese, entonces, que las piezas protocolizadas no forman parte integrante del protocolo, sino que van anexas, agregadas a él.

c) El inciso 2º del artículo 415 agrega: "Para que la protocolización surta efecto legal, deberá dejarse constancia de ella en el libro repertorio el día en que se presente el documento, en la forma establecida en el artículo 430".

En la práctica, se hace una pequeña escritura pública donde se deja constancia del hecho de la protocolización y de las demás circunstancias a que se refiere el inciso 2º del artículo 415, recién transcrito. Este certificado sí que queda incorporado al protocolo o registro del notario.

117. IMPORTANCIA DE LA PROTOCOLIZACION

a) La importancia y utilidad práctica de esta institución son enormes, entre otras, por las siguientes razones:

b) 1º Porque un instrumento privado adquiere fecha cierta respecto de terceros, entre otros casos, desde que se protocoliza (art. 419 del C.O.T.).

c) 2º El documento protocolizado queda guardado y protegido de toda substracción y adulteración, ya que "sólo podrá

ser desglosado del protocolo en virtud de decreto judicial" (art. 418 del C.O.T.).

d) 3º Porque pueden obtenerse del documento, protocolizado todas las copias autorizadas que se deseen (art. 421 del C.O.T.), y

c) 4º Porque, según el artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales, hay algunos documentos privados que una vez protocolizados pasan a tener la misma fuerza que un documento público. Ellos son: 1) los testamentos cerrados y abiertos en forma legal; 2) los testamentos solemnnes abiertos que se otorgan en hojas sueltas, siempre que su protocolización se haya efectuado, a más tardar, dentro del primer día siguiente hábil al de su otorgamiento; 3) los testamentos menos solemnnes o privilegiados que no hayan sido autorizados por notario, previo decreto del juez competente; 4) las actas de oferta de pago, y 5) los instrumentos otorgados en el extranjero, las transcripciones y traducciones efectuadas por el intérprete oficial o los peritos nombrados al efecto por el juez competente y debidamente legalizadas, que hayan servido para otorgar escrituras en Chile.

4º Agregación en juicio

118. INSTRUMENTOS QUE DEBEN SER CONSIDERADOS PÚBLICOS EN JUICIO

a) El artículo 342 establece que se considerarán como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que les den este carácter, los siguientes instrumentos:

b) 1º Los documentos originales.

Son aquellos que corresponden al otorgamiento y que son suscritos por las partes y/o el funcionario público.

c) 2º Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer.

Sobre ellas dispone el artículo 343: "Cuando las copias agregadas sólo tengan una parte del instrumento original, cualquiera de los interesados en el pleito podrá exigir que se agregue el todo o parte de lo omitido, a sus expensas, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas".

⁶⁶ Vid. supra Nº 115, letra c).

La jurisprudencia ha establecido que las copias tomadas en los libros que llevaban las autoridades bolivianas en los territorios cedidos por esa República a Chile y autorizadas por el notario chileno a cargo de quien se halla el archivo de la correspondiente oficina pública boliviana, son instrumentos públicos y no necesitan del requisito de la legalización.⁶⁷

d) 3º Las copias que, obtenidas sin los requisitos señalados en la letra anterior, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas.

Ello significa que una copia simple también puede ser considerada como instrumento público, si citándose a la parte contraria para que la objete no lo hace dentro del plazo de la citación.

En este sentido se ha señalado que el hecho que los documentos en referencia sean fotocopias no constituye causal legal de objeción. Tampoco lo es el hecho que a la demandada no le conste la veracidad, autenticidad e integridad de dichas copias, atendido lo establecido en los artículos 342 y 346 del C.P.C. El hecho de emanar de terceros y ser improprios al juicio, es materia que tiene que ver con el valor probatorio de los documentos, alegaciones que, en consecuencia, tampoco constituyen causal legal de objeción (SCS, R.D.J. 1996, t. XCIII, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 79, C. 7º).

e) 4º Las copias que objetadas en el caso de la letra anterior, sean cotejadas y halladas conformes con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria.

El cotejo de documentos es la gestión a que se refiere el presente número y se puede definir como la comprobación que se hace judicialmente de una copia simple o autorizada con su original o con otra copia que haga fe respecto de la parte contraria.⁶⁸ El cotejo lo debe efectuar el juez; sin embargo, la ley lo autoriza para que designe un ministro de fe para que lo efectúe, como un notario, un receptor, el secretario del tribunal o el mismo funcionario que haya autorizado la copia presentada en el juicio (art. 344).

⁶⁷ C. Sup., Rev. VIII-11-1ª-323.

⁶⁸ No debe confundirse el cotejo de documentos con el cotejo de letra, estudiado en el párrafo 10º de este capítulo.

f) 5º Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que reúnan las condiciones indicadas en la letra anterior.

Es éste un caso de excepción, que constituye de todos modos una medida para mejor resolver, de acuerdo con el artículo 159.

119. A INICIATIVA DE QUIEN SE PRODUCE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

- a) La prueba instrumental se produce a iniciativa de las partes.
- b) Excepcionalmente puede producirse a iniciativa del tribunal, como una medida para mejor resolver, dada la facultad que le otorga el artículo 159, N° 1º. En este caso, la agregación de los documentos al proceso deberá producirse cuando la causa está en estado de sentencia (art. 159, inc. 1º).

120. INSTRUMENTOS EN PODER DE UN TERCERO O DE LA CONTRAPARTE

- a) El artículo 349 soluciona la situación que puede presentarse a los litigantes en caso que no tengan en su poder instrumentos que van a servir de antecedentes al juicio por encontrarse ellos en poder de un tercero extraño al pleito o de la contraparte. Dispone este artículo:

"Podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales.

"Los gastos que la exhibición haga necesarios serán de cuenta del que la solicite, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas.

"Si se rechaza la exhibición sin justa causa, podrá apremiarse al desobediente en la forma establecida por el artículo 274; y si es la parte misma, incurrirá además en el apercibimiento establecido por el artículo 277.

"Cuando la exhibición haya de hacerse por un tercero, podrá éste exigir que en su propia casa u oficina se saque testimonio de los instrumentos por un ministro de fe".

b) La exhibición consiste en mostrar el instrumento para que se examine, sin que sea necesario dejarlo agregado a los autos.

La ley exige dos requisitos para que pueda autorizarse la exhibición: 1º que los documentos cuya exhibición se solicita estén relacionados directamente con la cuestión o asunto controvertido, y 2º que por su naturaleza no revistan el carácter de secretos o confidenciales.

c) La diligencia de exhibición deberá practicarse ante el tribunal que conoce de la causa; sin embargo, cuando la exhibición haya de hacerse por un tercero ajeno al pleito, éste puede exigir que en su propia casa u oficina se saque testimonio de él por un ministro de fe.

d) ¿Qué se entiende por justa causa de negarse a exhibir un instrumento? Es una cuestión de hecho que los tribunales resolverán soberanamente en cada caso particular.

e) Si el tercero ajeno al pleito rehúsa la exhibición sin justa causa incurre en sanciones consistentes en multas y arrestos; si es la contraparte quien la rehúsa, incurre, además de esas sanciones, en el apercibimiento indicado en el artículo 277, que consiste en que la parte que rehúsa la exhibición no podrá hacer valer ese instrumento más tarde en apoyo de sus derechos.

121. COMO DEBEN AGREGARSE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS AL PROCESO

a) Los instrumentos públicos acompañados por las partes al proceso, cualquiera que sea su naturaleza, deben agregarse con citación de la contraparte. Dentro de ese plazo de citación, que es de tres días y fatales, la parte en contra de quien se hace valer el documento puede formular las observaciones que crea convenientes en apoyo de sus derechos.

b) Si el instrumento no se acompaña con citación y el juez en su proveído tampoco la da, no puede considerarse en la sentencia; pues si el juez lo hace incurre en un vicio de casación en la forma y la sentencia que dicte puede ser anulada

(art. 768, Nº 9º en relación con el art. 795, Nº 5º). Sin embargo, la Corte Suprema ha estimado que no es suficiente para constituir causal de casación en la forma la falta de citación al mandarse agregar unos documentos, si se notificó a la parte contraria la providencia recaída en el escrito con que se acompañaron y ésta se impuso de ellos, observando que eran ineficaces para el objeto con que se presentaron, con lo cual quedó subsanada la omisión de la citación".⁶⁹

122. OPORTUNIDAD EN QUE DEBE RENDIRSE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

a) La prueba instrumental puede producirse en cualquier estado del juicio, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia (art. 348, inc. 1º).

b) Sin embargo, si la agregación de los instrumentos al proceso se decreta como una medida para mejor resolver del tribunal, ella se produce en todo caso, una vez citadas las partes para oír sentencia, en primera instancia, y de la vista de la causa, en segunda; pues estas medidas debe usarlas el tribunal cuando el proceso está en estado de sentencia (art. 159, inc. 1º, Nº 1º). La agregación de los documentos que se presentan en segunda instancia no suspende en ningún caso la vista de la causa, pero sí el fallo, pues no puede el tribunal resolver la causa en tanto no haya transcurrido el término de la citación, cuando haya lugar a ella (art. 348, inc. 2º).

123. INSTRUMENTOS PUBLICOS OTORGADOS EN PAIS EXTRANJERO

a) El artículo 17 del Código Civil dice: "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento,

⁶⁹ C. Sup., Rev. XLII-II-1º-404.

"La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese".

Este artículo consagra el conocido principio romano *lex loci regit actum* y se refiere sólo a las formalidades de los instrumentos públicos; pero podemos estimar que es una regla general que rige en todos los casos, tanto a los documentos públicos como a los privados.

b) De la disposición transcrita resulta que los requisitos que deben concurrir para que tengan valor en Chile los documentos otorgados en el extranjero son: 1º que la forma de ellos se ajuste a la ley del país donde se otorgó, y 2º que se acredite su autenticidad, vale decir, el hecho de haber sido otorgados realmente de la manera que en los instrumentos se expresa.

c) El procedimiento tendiente a obtener la autenticidad de un instrumento público otorgado en el extranjero se llama legalización.

Se refiere a esta materia el artículo 345. Según él, los instrumentos otorgados fuera de Chile deben ser debidamente legalizados. Se entiende que lo están cuando en ellos consta su carácter público y la autenticidad o verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o las prácticas de cada país, deban acreditarlas (art. 345, inc. 1º).

d) La legalización comprende dos etapas: 1º la legalización en el país extranjero, que escapa al conocimiento y control del legislador chileno, y 2º la legalización en Chile, que está regida por el inciso 2º del artículo 345.

Esta disposición estatuye:

"La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios —se refiere a las personas que han autorizado el documento y a los funcionarios del país extranjero— se comprobará en Chile por alguno de los medios siguientes:

"1º El atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores;

"2º El atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenece, ca el agente o del Ministro Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos; y

"3º El atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el Gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República".

e) La legalización no es un acto procesal, sino administrativo; por consiguiente, no requiere como formalidad una orden judicial previa.

124. INSTRUMENTO OTORGADO EN LENGUA EXTRANJERA

a) Los documentos otorgados en lengua extranjera pueden presentarse al proceso en dos formas: 1º traducidos al castellano, y 2º en su idioma original.

b) En el primer caso, se acompaña el documento con su traducción; y valdrá ésta salvo que la parte contraria exija, en el término de seis días, que sea revisada por un perito.

Solicitado el perito, lo designa el tribunal.⁷⁰ En cuanto a las costas que irroge el peritaje, serán de cargo de quien presente el documento, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas en la sentencia definitiva (art. 347, inc. 2º).

c) Si el instrumento se acompaña al proceso en su idioma original, el tribunal mandará a traducirlo por el perito que designe, a costa del que lo presenta, sin perjuicio, también, de lo que se resuelva sobre las costas en la sentencia definitiva (art. 347, inc. 1º).

⁷⁰ La designación del perito por el tribunal, en la forma indicada, constituye una excepción al principio general sobre su nombramiento, que indica el art. 414, pues ellos son nombrados por las partes, salvo que estén en desacuerdo.

5º Valor probatorio de los instrumentos públicos

125. CONCEPTO

Los principios sobre el valor probatorio de los instrumentos públicos están establecidos en los artículos 1700 y 1706 del Código Civil.

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

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

"Art. 1706. El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".

Estudiaremos el valor probatorio de los instrumentos entre las partes y con respecto a terceros.

126. VALOR PROBATORIO ENTRE LAS PARTES

a) Al respecto precisa distinguir entre el hecho de haberse otorgado el instrumento, su fecha y la verdad de las declaraciones contenidas en él.

b) El instrumento público hace plena fe entre las partes del hecho de haberse otorgado (art. 1700 del C.C.); y no sólo de ello, sino que "al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese" (artículo 17 del C.C.).

c) El instrumento público también hace plena fe entre las partes en cuanto a su fecha (art. 1700 del C.C.).

d) Ahora, ¿cuál es la fe del instrumento respecto a la verdad de las declaraciones de las partes? En lo que a ello se refiere es preciso distinguir entre la verdad del hecho de haberse efectuado la declaración y la verdad de lo declarado.

Con relación a la primera cuestión, o sea al hecho de haberse realmente efectuado las declaraciones de los interesados, el

instrumento hace plena prueba, porque él está atestiguado en el propio documento por el atestado del funcionario público.

Respecto a la verdad de lo declarado por las partes, es necesario distinguir entre declaraciones dispositivas y declaraciones enunciativas.

1º Es declaración dispositiva la que se hace con el fin de expresar el consentimiento, de manifestar la voluntad necesaria para dar vida a un acto jurídico, ya se trate de los actos que crean derechos y obligaciones o de los que las extinguen o modifican. Conforme al artículo 1700 del Código Civil, el instrumento público no hace fe de la verdad de las declaraciones dispositivas que contiene; él no garantiza que la declaración sea sincera; no atestigua que el acto jurídico otorgado no sea simulado. Sin embargo, la ley presume que esas declaraciones son sinceras, porque lo normal es que los actos jurídicos que se otorguen sean reales y no simulados; en consecuencia, quien sostenga que esas declaraciones dispositivas son simuladas, no reales, debe acreditarlo.

Pero esas declaraciones dispositivas contenidas en el instrumento hacen plena fe contra las partes, pues así lo establece expresamente el artículo 1700 del Código Civil.

2º La declaración enunciativa simplemente refiere hechos.

Es una simple relación de cosas, no crea acto alguno.

Por regla general, no hace plena fe; salvo que tenga relación directa con lo dispositivo del acto, en cuyo caso, dado lo dispuesto en el artículo 1706 del Código Civil, el instrumento público hace plena fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo.⁷¹

⁷¹ Las declaraciones enunciativas, cuando no tienen relación directa con lo dispositivo del acto, tienen el mérito de una confesión extrajudicial, que, en conformidad al art. 398 del C.P.C. sólo sirve de base a una presunción judicial; pero si la confesión judicial ha sido prestada en presencia de la parte que la invoca, ella tiene el mérito de presunción grave para acreditar los hechos a que se refiere; por consiguiente, si es alguno de los comparecientes al instrumento público el que invoca la declaración enunciativa de otro, ésta tiene el carácter de presunción grave para acreditar los hechos declarados.

127. VALOR PROBATORIO RESPECTO A TERCEROS

a) El instrumento público tiene pleno valor probatorio respecto a terceros en cuanto al hecho de haberse otorgado y en cuanto a su fecha, al igual que entre las partes.

b) En cuanto a su contenido. Desde luego, el instrumento hace plena fe, tanto entre las partes como frente a terceros, del hecho de haberse efectuado las declaraciones en él contenidas o sea, a la existencia de esas declaraciones; y la fe del documento es completa, aun frente a terceros, para acreditar los actos y contratos de que él da cuenta, pues la existencia de las declaraciones que crean el acto o contrato no puede discutirse, y como tales declaraciones se presumen sinceras, el acto o contrato mismo queda plenamente probado.

La jurisprudencia no ha vacilado en dar pleno valor probatorio al instrumento público y ha resuelto que hace fe, tanto entre partes como contra terceros, de los actos y contratos que expresa.⁷²

En tal sentido, se ha mencionado que el artículo 1700 del Código Civil señala que las declaraciones formuladas por las partes hacen plena fe en contra de los declarantes. Al respecto, corresponde distinguir entre la formulación de las declaraciones de las partes y la verdad o sinceridad de estas declaraciones. En cuanto a esto último, aun cuando el instrumento público no hace plena prueba, las declaraciones dispositivas se presumen verdaderas, porque de acuerdo al principio fundamental del *onus probandi*, lo normal se presume y lo anormal o excepcional debe probarse, y lo normal es que el contenido de las declaraciones sea verdadero, sincero y no falso o simulado. La presunción de verdad o sinceridad de las declaraciones dispositivas también alcanza a los terceros, como quiera que existe el mismo principio en vigor. No se trata de la fe pública, sino de la aplicación de las reglas de la prueba (SCS, R.D.J. 1989, tomo LXXXVI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 105, C. 10º).

c) Con respecto a las declaraciones enunciativas, la parte que las formula no puede invocarlas contra el tercero, desde

⁷² C. Sup., Rev. XXXV-II-1ª-128; Rev. XXXVIII-II-1ª-283; citadas por Santa Cruz, ob. cit., pág. 26.

que nadie puede constituir en medio de prueba sus propias declaraciones; pero el tercero sí que puede hacerlo y en este caso ellas tendrán el valor de una confesión extrajudicial.

128. AUTENTICIDAD

a) La parte que se sirve en juicio de un instrumento público no tiene por qué probar que ese instrumento público emana de competente funcionario y cumple con los requisitos exigidos por la ley, pues el instrumento público lleva en sí el sello de su autenticidad.

b) Se explica esto, pues es difícil falsificar la firma y sello del funcionario que lo otorga. Además, su falsificación está penada por la ley.⁷³

c) A la contraparte le corresponde probar que el instrumento público acompañado al proceso no es tal porque no ha sido otorgado por el funcionario competente o no se ha cumplido con las solemnidades legales.

d) Como puede apreciarse es este un problema, más que de valorización del instrumento público, de carga de la prueba, de *onus probandi*.

6º Impugnación

129. MODOS DE IMPUGNACION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS

a) La impugnación de los instrumentos públicos consiste en la destrucción de su fe probatoria.

b) El instrumento público puede ser atacado por tres causas diversas: 1º acreditando que es un instrumento nulo; 2º atacando su autenticidad, y 3º acrediando la falsedad o inexactitud de las declaraciones que contiene.

⁷³ Vid. arts. 194 y 196 del C.P.

130. 1º IMPUGNACION POR VIA DE NULIDAD

a) Un instrumento público es nulo cuando falta en su otorgamiento alguno de los requisitos exigidos por el artículo 1699 del Código Civil para su validez, o sea, la autorización de funcionario competente y el cumplimiento de las solemnidades legales.

b) La nulidad puede referirse, pues, a deficiencias relativas a la intervención del funcionario o a deficiencias del documento mismo.

Serán deficiencias relativas a la intervención del funcionario mismo, por ejemplo, no ser un funcionario público por ser nulo su nombramiento como tal, o ser incompetente.

Habría nulidad en cuanto a la materialidad misma del documento, si se omiten en su otorgamiento algunas de las formalidades establecidas por la ley. Por ejemplo, si en una escritura pública se omiten algunos de los requisitos que señalan los artículos 412 y 426 del Código Orgánico de Tribunales.

c) La nulidad derivada por deficiencias en el funcionario mismo o por falta de alguna de las solemnidades es siempre absoluta.

d) El efecto de la nulidad del instrumento es el de toda nulidad. El acto nulo se tiene por no otorgado. Y, por consiguiente, sus efectos consisten en la negación de su valor probatorio.⁷⁴

e) Los hechos que motivaron la nulidad del instrumento pueden probarse por cualquier medio, incluso por prueba testimonial. No existe limitación de ninguna especie.⁷⁵

131. 2º IMPUGNACION POR FALTA DE AUTENTICIDAD

a) La segunda forma por la cual se puede atacar un instrumento público es impugnándolo de falso o falto de autenticidad.

⁷⁴ Sin embargo, el instrumento público nulo vale como documento privado si está firmado por las partes (art. 1701, inc. 2º, del C.C.).

⁷⁵ En ciertos casos la prueba testimonial tiene restricciones en lo que se refiere a la prueba de la nulidad de una escritura pública. Vid. al respecto infra N° 131, letra e).

dad. El instrumento público no es auténtico cuando no ha sido autorizado por el funcionario público o por las personas que en él se expresan o cuando las declaraciones que consigna no son las que las partes han hecho, por haber sido ellas alteradas; en otras palabras, cuando el instrumento público se presenta en forma distinta a la que en realidad debería tener.

b) No es auténtico un instrumento público que ha sido falsificado, es decir, cuando se ha creado completamente un documento que en realidad no existe; o cuando, existiendo realmente, se altera su contenido material haciéndole adiciones o enmiendas; o cuando los hechos declarados o certificados por el funcionario que debe intervenir en su otorgamiento son falsos. La impugnación por falta de autenticidad de una escritura pública consiste en demostrar que lo que el funcionario declara o certifica no es verdad (C. de Concepción, 3.7.1979, R.D.J. tomo LXXVI, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 255).

c) No es lo mismo instrumento nulo que instrumento falsificado o no auténtico, ya que, como lo hemos dicho, un instrumento es nulo cuando no se han observado en su otorgamiento los requisitos o solemnidades que determina la ley para su validez; y es falsificado cuando no es otorgado por el funcionario o las personas que en él se indican o cuando se han alterado las declaraciones que él contiene.

Un instrumento puede ser nulo, pero auténtico.

Existen numerosas disposiciones en nuestra legislación que dejan muy en claro la distinción entre nulidad y falsedad. Así, el artículo 704 del Código Civil al disponer cuáles son justos títulos distingue entre títulos falsificados (N° 1º) y títulos nulos (N° 3º); el artículo 464 al enumerar las excepciones que pueda oponer el ejecutado en un juicio ejecutivo hace idéntica distinción, pues en su N° 6º se refiere a la falsedad del título ejecutivo, y en el N° 14, a la nulidad de la obligación; etc.

d) Las partes, para acreditar la falta de autenticidad de un instrumento público, pueden valerse de cualquier medio probatorio, incluso prueba testimonial, pues no rigen para ella las limitaciones consignadas en el artículo 1709, inciso 1º, del Código Civil e inciso 2º de la misma disposición, pues no se trata de probar la existencia o modificación de un acto jurídico, sino de un hecho material. El artículo 355 lo comprueba:

"En el incidente sobre autenticidad de un instrumento o sobre suplantaciones hechas en él, se admitirán como medios probatorios tanto el cotejo de que tratan los cinco artículos precedentes como los que las leyes autorizan para la prueba del fraude.

"En la apreciación de los diversos medios de prueba opuestos al mérito de un instrumento, el tribunal se sujetará a las reglas generales establecidas en el presente Título, y con especialidad a las consignadas en el párrafo 8º. Y para la prueba del fraude, al cual se remite la disposición transcrita, todo medio es válido.

e) Sin embargo, el artículo 429 contiene algunas reglas restrictivas de la prueba testimonial, en cuanto ésta se dirija a acreditar la falta de autenticidad de una escritura pública. Dispone este artículo: "Para que pueda invalidarse con prueba testimonial una escritura pública, se requiere la concurrencia de cinco testigos, que reúnan las condiciones expresadas en la regla segunda del artículo 384, que acrediten que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento, o el escribano, o alguno de los testigos instrumentales, ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes.

"Esta prueba, sin embargo, queda sujeta a la calificación del tribunal, quien la apreciará según las reglas de la sana crítica.

"La disposición de este artículo sólo se aplicará cuando se trate de impugnar la autenticidad de la escritura misma, pero no las declaraciones consignadas en una escritura pública auténtica".

Son tres, entonces, las condiciones necesarias para que pueda invalidarse con prueba testimonial una escritura pública: 1º la concurrencia de cinco testigos; 2º que ellos reúnan las condiciones expresadas en la regla segunda del artículo 384, o sea, que estén contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados, que den razón de sus dichos, y que sus declaraciones no hayan sido desvirtuadas por otra prueba en contrario,⁷⁶ y 3º que los testigos acrediten que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento, o el escribano o alguno de los testigos instrumentales, ha

⁷⁶ Vid. infra Nº 183, letra c).

fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes.

La disposición que comentamos sólo se refiere a las escrituras públicas. No se aplica a otros instrumentos públicos, como, por ejemplo testamentos.⁷⁷

132. IMPUGNACION DE LA VERDAD DE LAS DECLARACIONES DE LAS PARTES

a) Es evidente que los terceros que no han celebrado el acto o contrato contenido en el instrumento público pueden atacarlo por falsedad en las declaraciones enunciativas y dispositivos que contiene, pudiendo para ello usar cualquier medio de prueba que le franquee la ley.

b) Pero ¿pueden hacerlo los propios contratantes? Creemos que sí y en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia,⁷⁸ porque, tratándose de las declaraciones dispositivas que contiene el instrumento, si bien es cierto producen plena prueba en contra de ellos, no es menos cierto que puede rendirse otra plena prueba que la destruya; en definitiva, será el juez quien aprecie en forma soberana esas dos plenas pruebas. Por otra parte, no hay disposición alguna en nuestro Código que disponga que una plena prueba no puede ser destruida por otra plena prueba, salvo si se trata de confesión sobre hechos personales del confesante.

Con respecto a las declaraciones enunciativas que hayan hecho las partes que intervinieron en el instrumento público, ellas también pueden ser impugnadas por falsas, pues no tienen más valor que el de la confesión extrajudicial.

133. FORMAS DE IMPUGNAR EL INSTRUMENTO PUBLICO

a) La impugnación de un instrumento público, en juicio, ya sea por nulidad, falta de autenticidad o falsedad en sus declara-

⁷⁷ C. Sup., Rev. IV-II-1ª-430; Rev. VII-II-1ª-179; citadas por Santa Cruz, Rev. XXXIX-I-40.

⁷⁸ C. Sup., Rev. XVIII-II-1ª-444; Rev. XXV-II-1ª-245; Rev. XXXIII-II-1ª-237.

ciones, puede hacerse en dos formas: 1º por vía principal, y 2º por vía incidental.

b) En los dos próximos números estudiaremos estas formas.

134. 1º POR VÍA PRINCIPAL

a) La nulidad del instrumento público puede ser reclamada en juicio por vía principal. Se reclama por esta vía cuando la petición de nulidad del instrumento se hace valer por medio de una acción, ya sea mediante demanda o reconvencción, o por medio de una excepción.

La resolución que falle este asunto será una sentencia definitiva, que tendrá los efectos de cosa juzgada, pero sólo respecto de las partes litigantes.

b) La falta de autenticidad del instrumento público se hace valer por vía principal mediante juicio criminal o juicio civil.

c) Y se impugna la falsedad de las declaraciones que el documento contenga mediante la acción de simulación.

135. 2º POR VÍA INCIDENTAL

Se procede por vía incidental cuando, dentro del plazo de citación, la parte en contra de quien se hace valer el documento, lo impugna, dando lugar al incidente correspondiente, el que se tramita conforme a las reglas generales.

La resolución que recaiga en ese incidente será una sentencia interlocutoria, que producirá los efectos de cosa juzgada, pero sólo respecto de las partes litigantes.

7º Instrumentos privados

136. DEFINICION

a) Se puede definir el instrumento privado como todo escrito, firmado o no por las partes, que da testimonio de un hecho.

b) La regla general es que el instrumento privado debe ser firmado, para que sea tal documento y tenga valor en juicio, ex-

cepcionalmente, existen ciertos documentos que no necesitan que estén firmados, pero que deben estar por lo menos escritos por la parte en contra de quien se hacen valer en juicio.⁷⁹

c) La regla general al respecto la da el artículo 1702 del Código Civil, que dice: "El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opond, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan habérlo subscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos".

De la disposición recién copiada resulta que el documento privado, para que sea tal, debe estar subscrito, y subscribir, según el diccionario, significa tanto como firmar al pie o al final de un escrito. Refuerza lo dicho el artículo 1701 del Código Civil, que establece que el documento público defectuoso "valdrá como instrumento privado si estuviera firmado por las partes".

d) Excepcionalmente, existen ciertos documentos que pueden valer como instrumentos privados aun cuando no estén firmados por las partes, y son los enumerados en los artículos 1704 y 1705 del Código Civil.

Dispone el artículo 1704: "Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable".

Dice el artículo 1705: "La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo favorable al deudor".

"Lo mismo se extenderá a la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de una escritura, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor.

⁷⁹ Al discutirse el art. 340 del Proyecto de C.P.C. del año 1893, que corresponde al 346 actual (que trata del reconocimiento en juicio de los instrumentos privados), se dejó constancia en las Actas de la sesión 18 de la Comisión Mixta, que debía entenderse que eran instrumentos privados incluso los comprendidos en la enumeración del art. 1704 del C.C., que trata de varios casos de documentos privados que no necesitan de firma.

"Pero el deudor que quisiera aprovecharse de lo que en la nota le favorezca, deberá aceptar también lo que en ella le fuere desfavorable".

137. VALOR DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS FIRMADOS ANTE NOTARIO

a) ¿El instrumento privado firmado ante notario tiene el carácter de público? Indudablemente que no. El hecho de que la firma de una persona esté autorizada por un notario no transforma en público al instrumento privado en el cual está estampada. El notario en este caso actúa como un testigo muy abonado. El documento, indudablemente, adquirirá gran valor, pero en ningún caso puede ser considerado como instrumento público, ni mucho menos como escritura pública.

b) Por otra parte, cuando se planteó este asunto en el seno de la Comisión Revisora del Proyecto del Código de Procedimiento Civil de 1893, se dejó claramente establecido que los notarios sólo pueden actuar como ministros de fe en el ejercicio de las funciones que la ley les encomienda y que no están autorizados por ella para servir en su carácter de tales como testigos de documentos privados; y, por consiguiente, la firma del notario no tiene más importancia que la de un testigo particular.⁸⁰⁻⁸¹⁻⁸²

138. AGREGACION EN JUICIO

a) Para los efectos de la agregación en juicio, sólo son instrumentos privados —y únicamente valen como tal prueba ins-

⁸⁰ Vid. las Actas de la sesión 18 de la Comisión Revisora del Proyecto de 1893, al discutirse el art. 340 de ese Proyecto.

⁸¹ Don Víctor Santa Cruz S. considera que el instrumento privado, firmado ante notario, es un instrumento público. Vid. al respecto "El instrumento público", trabajo publicado en Rev. XXXVIII (1-142).

⁸² En la actualidad, los notarios pueden ejercer la función de autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad les conste (art. 401, N° 11, del C.O.T.).

trumental— los documentos firmados por la parte en contra de quien se hacen valer; excepcionalmente, si no están subscritos, los asientos, registros y papeles domésticos y las notas puestas por el acreedor o deudor, pero siempre que hayan sido escritos por la parte contra quien se presentan.⁸³

b) ¿A iniciativa de quién se produce la agregación de los instrumentos privados al proceso? Puede producirse a iniciativa de las partes o del tribunal, como una medida para mejor resolver. Al efecto, nos remitimos a lo ya dicho al estudiar esta misma cuestión con relación a los documentos públicos.⁸⁴

c) Con respecto a la oportunidad en que deben agregarse se aplican las mismas disposiciones que para los instrumentos públicos.⁸⁵

d) Nuestra legislación no se ha ocupado de los documentos privados otorgados en país extranjero; y el motivo que ha tenido para no hacerlo no es otro que la circunstancia de que en Chile el instrumento privado no debe reunir ningún requisito especial fuera de la firma. A pesar de esto, se puede considerar que el artículo 18 del Código Civil ha venido a limitar el uso de los documentos privados: "En los casos en que las leyes chilenas exijan instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas".

Los instrumentos privados otorgados en el extranjero no necesitan de la legalización para que tengan valor en Chile.⁸⁶

e) Estos documentos se acompañan al proceso bajo apercibimiento de que si la parte contraria no alega su falsedad o falta de integridad en el término de 6 días, se tienen por reconocidos. Volveremos sobre esta materia al estudiar el reconocimiento tácito de los instrumentos privados.⁸⁷

f) A los instrumentos privados otorgados en lengua extranjera se les aplican las reglas contenidas en el artículo 347.⁸⁸

⁸³ Vid. supra N° 136.

⁸⁴ Vid. supra N° 119.

⁸⁵ Vid. supra N° 122.

⁸⁶ C. Sup., C.T. 1929, 2º, s. 29.

⁸⁷ Vid. infra N° 142.

⁸⁸ Vid. supra N° 124.

8º Autenticación

139. CONCEPTO

- a) A diferencia de los instrumentos públicos, los privados carecen de autenticidad y de fecha cierta. Esta última se determina por alguna de las circunstancias que establecen el artículo 1703 del Código Civil y el artículo 419 del Código Orgánico de Tribunales. En cuanto a la autenticidad, que es indispensable para que su contenido pueda valer como prueba, consiste en la demostración de que el instrumento emana de la persona a quien se atribuye, lo que se obtiene mediante el reconocimiento, generalmente, de la firma de su autor, y tratándose de asientos, registros y papeles domésticos y notas puestas por el acreedor o deudor, reconociéndose ya la firma, si la hay, o su escritura; o mediante comprobación judicial en el evento de que la firma o escritura, en su caso, sean negadas.
- b) Para un mejor estudio del reconocimiento o autenticación de los instrumentos privados precisa distinguir entre documentos emanados de la parte contraria y documentos emanados de un tercero. En los próximos números nos referiremos a ambos casos.

140. INSTRUMENTO PRIVADO EMANADO DE LA PARTE CONTRARIA

- a) Cuando el instrumento emana de la parte contraria se siguen las reglas que al efecto consigna el artículo 346.
- b) La parte que presenta el instrumento privado en juicio debe probar que emana de la parte contraria y debe probar, también, su valor probatorio, puesto que, al revés de lo que sucede con los instrumentos públicos, ellos no llevan en sí el sello de su autenticidad. Con este objeto, debe citarse a la parte contraria para que proceda al reconocimiento o autenticidad del instrumento.
- c) El reconocimiento puede ser expreso, tácito o judicial.

141. RECONOCIMIENTO EXPRESO

- a) El reconocimiento expreso tiene lugar cuando la parte en contra de quien se hace valer el instrumento o la persona a cuyo nombre aparece otorgado, declara expresamente su validez, ya sea en el juicio mismo, en otro distinto o en un instrumento público (art. 346, N°s 1º y 2º).
- b) La jurisprudencia ha determinado que la confesión de la parte de ser suya la firma que existe al pie de un instrumento importa reconocer la autenticidad de todo su contenido.⁸⁹ Ello es evidente, porque las partes al firmar un documento hacen suyo todo su contenido y aceptan como propias las declaraciones que contiene. Este es el significado de la firma.

142. RECONOCIMIENTO TÁCITO

- a) El reconocimiento tácito se produce cuando, puesto en conocimiento de la parte contraria un instrumento privado, ésta no alega su falsedad o falta de integridad dentro de los 6 días siguientes a su presentación (art. 346, N° 3º).

La falsedad puede consistir en la falsificación misma del documento, o sea, creando completamente un documento privado que no existe; o en la falsedad material del mismo, es decir cuando existiendo verdaderamente un documento, se altera su contenido, haciéndose adiciones o enmiendas. La falsedad dice relación con un delito, y es por esa razón que está penada en los artículos 197 y 198 del Código Penal.⁹⁰

La falta de integridad mira a la carencia o privación de su calidad de íntegro; a que no le falte ninguna de sus partes.

- b) Es necesario que a la parte contraria se le aperciba expresamente con el reconocimiento tácito, para lo cual hay que redactar en forma clara el escrito respectivo, solicitando en él que se tenga por acompañado el instrumento y se tenga por reconocido si no fuere objetado de falso o falta de integridad

⁸⁹ C. Sup., Rev. XXXV-Jt.-12-235; C. de Valdivia, C.T. 1934, Iº, s. 99, pág. 505.

⁹⁰ Vid. esos arts. y el 193 del mismo cuerpo legal.

dentro del sexto día. El instrumento privado presuntamente suscrita por el demandante y acompañado con citación por el demandado no tiene valor probatorio si, solicitado que fue su reconocimiento, el tribunal lo tuvo por no objetado dentro del plazo del N° 3 del artículo 346 del C.P.C., pero no lo consideró reconocido (CAP. STGO, 01.07.1999, Gaceta Jurídica N° 229, pág. 65). Si la contraparte objeta el documento, se produce el incidente correspondiente y será el juez quien en definitiva resolverá acerca de si es auténtico o no.

c) Si la objeción al documento por falso o falta de autenticidad se produce fuera del plazo de sexto día, debe tenerse por reconocido tácitamente dicho instrumento.⁹¹

El apercibimiento contemplado en el artículo 346, N° 3º, del C.P.C. reza únicamente contra las personas que aparezcan o se reputen haber suscrito o extendido el documento y que, por ende, están en disposición de saber a ciencia cierta si es falso o falta de integridad y de oponer la pertinente tachadura o consentimiento en su reconocimiento tácito. Por consiguiente, si un documento no emana de la parte contra quien se hace valer, no puede producir el valor probatorio que establece el artículo 1702 del C.C. (Cas. forma, 19.10.1977, R.D.J., tomo LXXIII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 142).

143. RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El reconocimiento judicial es aquel que emana de una resolución judicial—sentencia interlocutoria— que manda tener por auténtico un instrumento privado que ha sido impugnado de falsedad o falta de integridad por la parte en contra de la cual se presenta.

El reconocimiento judicial se produce, pues, cuando la parte a quien va a afectar el instrumento lo impugna dentro de sexto día por falso o falta de integridad; por este motivo se inicia el incidente correspondiente, dándosele traslado a la parte que presentó el instrumento; se rinden las pruebas del caso,

⁹¹ C. de Santiago, G.T. 1929, 2º, s. 85.

si proceden; y en definitiva el tribunal resuelve acerca de la autenticidad o no del documento.

La autenticidad e integridad de un instrumento privado pueden probarse por todos los medios que franquea la ley, incluso el cotejo de letras, al que nos referiremos más adelante.⁹²

144. INSTRUMENTO PRIVADO EMANADO DE UN TERCERO

a) Dijimos que para estudiar la autenticación de los documentos privados se precisaba distinguir entre los emanados de la parte contraria y los emanados de un tercero. Esta distinción no se hace por mero capricho; tiene su importancia, como lo hemos de ver.

Estudiado el primer caso—el de los instrumentos emanados de la parte en contra de quien se hacen valer—, nos corresponde ver qué reglas se aplican a los emanados de un tercero.

b) El Código de Procedimiento Civil no tiene ninguna disposición que resuelva este caso; por lo que algunos tratadistas han sostenido que a los instrumentos emanados de tercero se les deben aplicar las mismas reglas que para los documentos emanados de las partes; o sea, que para obtener la autenticación de un documento privado emanado de un tercero deben aplicarse las reglas contenidas en el artículo 346, ya visto. Alguna jurisprudencia acepta esta tesis.

c) Sin embargo, creemos que el artículo 346 sólo debe aplicarse a los instrumentos que emanan de las partes; porque aceptar la doctrina contraria, que es por demás peligrosa, va contra el texto de este artículo; en efecto, él establece en su N° 3º un plazo de 6 días para que la parte en contra de quien se hace valer alegue su falsedad o falta de integridad, y es indudable que si el instrumento emana de un tercero, la parte en contra de quien se presenta no podrá hacer uso de ese derecho, porque no puede saber si el documento es falso o no está íntegro. Numerosas sentencias de nuestros tribunales aceptan esta inter-

⁹² Vid. infra N°s 148 y 149.

preciación. Así, la Corte Suprema ha establecido que "el reconocimiento presunto de documentos que no emanan de la parte contra quien se oponen, no puede legalmente obligar a esta última"⁹³ y "para que el documento privado produzca efectos jurídicos contra un litigante, no basta que haya sido reconocido expresamente, sino que es necesario que emane de él, por haberlo escrito o firmado".⁹⁴

d) La manera de reconocer esos instrumentos es acompañándolos al proceso y haciendo concurrir al tercero como testigo para que los reconozca. En resumidas cuentas, el documento viene siendo una declaración anticipada del testigo. En esta forma la parte en contra de quien se presenta el instrumento puede defenderse ya sea tachando al tercero que depone como testigo, ya sea contrainterrogándolo, etc.

Además creemos que un instrumento privado emanado de un tercero podría servir como base de una presunción judicial, siempre que haya sido reconocido tácitamente por la parte en contra de quien se presenta y siendo acompañado solamente como un testimonio de la efectividad de los hechos alegados.

9º Valor probatorio del instrumento privado

145. DISTINCION

En cuanto al valor probatorio de los instrumentos privados es preciso distinguir entre: 1º instrumentos privados no reconocidos, y 2º instrumentos privados reconocidos.

146. 1º INSTRUMENTOS NO RECONOCIDOS

El instrumento privado que no ha sido reconocido no tiene ningún valor probatorio, ni siquiera respecto de las partes.

⁹³ C. Sup., Rev. XVI-II-1ª-422.

⁹⁴ C. Sup., Rev. XIX-II-1ª-500.

147. 2º INSTRUMENTOS RECONOCIDOS

a) Dice el artículo 1702 del Código Civil: "El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo subscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos".

Según ello, el instrumento privado reconocido expresa, tácita o judicialmente tiene respecto de los que lo otorgan o de los que se reputan haberlo otorgado y de sus sucesores el mismo valor probatorio del instrumento público.⁹⁵

b) Resulta claro que el valor probatorio de esta clase de instrumentos sólo dice relación con las partes. En lo que concierne a terceros el instrumento privado, aunque reconocido, no tiene en su contra valor alguno, ya que de lo contrario podría prestarse a abusos por falta de control de nuestra legislación en el otorgamiento de estos instrumentos.

10º Cotejo de letras

148. CONCEPTO

a) La palabra cotejo tiene respecto de la prueba instrumental dos significaciones, pues unas veces se le emplea para referirse a la confrontación de los instrumentos públicos con sus originales, acepción que ya vimos, y que se denomina "cotejo de documentos",⁹⁶ y otras se refiere a la prueba caligráfica que tiene lugar cuando se impugna la autenticidad de un instrumento privado o la de uno público, que carece de matriz. Esta última acepción recibe el nombre de "cotejo de letras".

b) El cotejo de letras consiste, pues, en comprobar si la letra del documento que se pone en duda es la misma que la de un documento indubitado, o sea, de un instrumento del cual no hay la menor duda de que es auténtico.

⁹⁵ Vid. supra N°s 125 y 126.

⁹⁶ Vid. supra N° 118, letra c).

149. PROCEDIMIENTO

a) Pedido el cotejo de letras por una parte, se procede a nombrar peritos en la forma ordinaria, y desempeñarán sus cargos en la forma que al efecto establece el Código de Procedimiento Civil inc. 2º).⁹⁷ El solicitante debe indicar los instrumentos indubitados con los cuales ha de hacerse el cotejo (art. 351).

b) Para los efectos del cotejo se considerarán instrumentos indubitados: 1º los instrumentos que las partes acepten como tales, de común acuerdo; 2º los instrumentos públicos no tachados de apócrifos o suplantados, y 3º los instrumentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida de conformidad a los números 1º y 2º del artículo 346, o sea, los reconocidos expresamente por la parte en contra de quien se presenten (art. 352).

c) Dice el artículo 353: "El tribunal hará por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y no tendrá que sujetarse al dictamen de éstos".

Por consiguiente, el informe que evacuen los peritos es un mero dato ilustrativo para el tribunal, porque es él quien hará en definitiva la comprobación

d) El cotejo de letras no constituye por sí solo prueba suficiente, pero podrá servir de base para una presunción judicial (art. 354). No hay inconveniente alguno en que el tribunal acepte otros medios probatorios, como la testimonial, por ejemplo, para resolver un incidente sobre autenticación.⁹⁸

149 A. DOCUMENTO ELECTRONICO

En el Diario Oficial de 12 de abril de 2002, se publicó la Ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

Mediante dicha ley se reconoce por el legislador la realidad actual cada vez más predominante de la intermediación de la información y la celebración de diversos actos y contratos apar-

⁹⁷ Vid. Capítulo VI, Segunda Parte.

⁹⁸ C. Sup., Rev. XXXIX-II-1º-230.

tándose del soporte del papel por la utilización de los medios electrónicos.

a. Conceptos

Para los efectos de dicha ley, conforme a lo previsto en su art. 2º, se entenderá por:

a) *Electrónico*: característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares;

b) *Certificado de firma electrónica*: certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica;

c) *Certificador o prestador de servicios de certificación*: entidad prestadora de servicios de certificación de firmas electrónicas;

d) *Documento electrónico*: toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior;

e) *Entidad acreditadora*: la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción;

f) *Firma electrónica*: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor;

g) *Firma electrónica avanzada*: aquella certificada por un prestador acreditado, que 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, y

h) *Usuario o titular*: persona que utiliza bajo su exclusivo control un certificado de firma electrónica.

De acuerdo con esos conceptos, podemos diferenciar claramente tres tipos de documentos electrónicos:

a. Documentos electrónicos que no contengan firma;

b. Documentos electrónicos que contengan una firma electrónica simple;

c. Documentos electrónicos que contengan firma electrónica avanzada.

De acuerdo con la ley, todas las actividades que se realicen se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel (art. 1º, inc. 2º).

Conforme con esos preceptos, es posible que las partes de común acuerdo convengan en una determinada firma electrónica que permita al receptor de un documento identificar al menos formalmente a su autor, sin que concurra un certificador o prestador de servicios de certificación, encontrándonos en tal caso ante un *documento electrónico que posee una firma electrónica simple*.

En cambio, nos encontraremos ante un *documento electrónico con firma avanzada* cuando ésta es certificada por un prestador acreditado, que 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. En este caso, interviene en el documento electrónico un certificador o prestador de servicios de certificación, que es una persona jurídica nacional o extranjera, que debe encontrarse acreditada ante la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, la que emite un certificado de firma electrónica.

b. Alcance de la utilización de la firma electrónica en un documento electrónico

De conformidad a lo previsto en los arts. 3º y 7º de la ley, la regla o principio general es que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas o por órganos del Estado, 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. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito. La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales.

Esta regla general no tendrá aplicación respecto de los siguientes actos y contratos celebrados por personas naturales o jurídicas:

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

La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes (art. 3º).

Estas reglas son plenamente aplicables a las empresas públicas creadas por ley, puesto que ellas se rigen por las normas previstas para la emisión de documentos y firmas electrónicas por particulares (art. 6º, inc. 2º).

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

- a) Aquellos en que la Constitución Política 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. 4º) 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. 7º, inc. 2º).

c. Valor probatorio

De conformidad a lo previsto en el artículo 4º, los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.

Respecto del valor probatorio de los documentos electrónicos que se presenten en juicio haciéndose valer como medio de prueba se establecen las siguientes reglas en el art. 5º.

- a. Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público y se encuentren suscritos mediante firma

PRUEBA TESTIMONIAL

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 para este tipo de documentos, por no encontrarse amparados por la presunción de autenticidad.

Debemos hacer presente que de conformidad a lo previsto en el artículo 25 de la ley, se contempla que el Presidente de la República reglamentará esta ley en el plazo de noventa días contados desde su publicación, mediante uno o más decretos supremos del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, suscritos también por los Ministros de Transportes y Telecomunicaciones y Secretario General de la Presidencia. Lo anterior es sin perjuicio de los demás reglamentos que corresponda aprobar, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 10. El Decreto Supremo N° 181, de 9 de julio de 2002, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, suscrito también por los Ministros de Transportes y Telecomunicaciones y Secretario General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 17 de agosto de ese año, aprobó el Reglamento de la Ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y la certificación de dicha firma.

1º Los testigos

150. CONCEPTO

a) El testimonio en juicio puede emanar de las partes o de terceros. En el primer caso ese testimonio constituye la prueba confesional o confesión de parte,⁹⁹ y en el segundo, cuando emana de terceros, estamos en presencia de la prueba testimonial o prueba de testigos, al estudio de la cual le dedicaremos el presente capítulo.

b) La prueba testimonial es la que se basa en el testimonio o declaración de terceros, llamados testigos.

Ni el Código de Procedimiento Civil, ni el Código Civil, ni ley alguna dentro de nuestra legislación definen qué se entiende por testigo. Se puede decir que los testigos son personas ajenas al juicio que declaran acerca de la verdad o falsedad de los hechos discutidos en el pleito.¹⁰⁰ El testigo es la persona distinta de los sujetos procesales llamada a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito (Chioyenda).

c) La prueba testimonial ha perdido valor ante los ojos del legislador por la facilidad con que puede ser fabricada por litigantes de mala fe, resultando, por consiguiente, peligrosa. Además,

⁹⁹ La prueba confesional se estudia en el Capítulo IV.
¹⁰⁰ BENAVENTE, *El juicio ordinario*, pág. 83.

no es mucho lo que se puede fiar en la memoria de las personas, porque lo retenido depende de mil maneras distintas de reacción.

Por otra parte, debido al gran desarrollo de la escritura, se ha preferido a ésta sobre la prueba testimonial, pues tiene la ventaja de la permanencia, y sin sus peligros.

Ya pasó el tiempo en que esta prueba era la preferida del legislador; y ya no tiene aplicación aquel principio de "testigos vencen escritos", pues ha sido substituido por el de "escritos vencen testigos", que es hoy el inspirador de todas las legislaciones.

Sin embargo, esta prueba es esencial; no se puede suprimir, por cuanto existe una cantidad de hechos que no pueden probarse sino con testigos.

d) En cuanto a sus características, se trata, desde luego, de una prueba circunstancial, porque, generalmente, el testigo ha presenciado el hecho incidentalmente; y se trata, además, de un medio indirecto de prueba, porque permite al tribunal formarse su convicción, no por la observación propia y directa del hecho, sino a través de relatos de terceros que son los testigos.

151. CLASIFICACION

Los testigos admiten diversas clasificaciones:

1º Testigos presenciales y de oídas.

Son presenciales aquellos que han estado presentes en el momento de realizarse el hecho sobre el cual deponen.

Son testigos de oídas —de segundo grado o de auditu— aquellos que relatan hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas (art. 383, inc. 1º).

2º Testigos singulares y contestes.

Son singulares aquellos testigos que están de acuerdo acerca del hecho fundamental sobre que deponen, pero difieren en los detalles de éste.

Son contestes aquellos que están de acuerdo en todo, aun en las circunstancias que rodean el hecho.

3º Existe, además, otra especie de testigos llamados "instrumentales" y que son aquellos que han estado presentes en el momento de otorgarse un instrumento público o privado.

152. CONDICIONES QUE DEBEN REUNIR LOS TESTIGOS

a) Los testigos deben ser personas capaces. La ley lo exige al establecer que es hábil para testificar en juicio toda persona a quien la ley no declare inhábil (art. 356).

La regla general es la capacidad de las personas para ser testigos.

b) Las inhabilidades establecidas por la ley son de dos clases: absolutas y relativas.

Las inhabilidades absolutas afectan a toda persona que se encuentre en determinadas condiciones.

Las relativas sólo afectan a ciertas personas en casos determinados en que inciden.

c) Las incapacidades o inhabilidades han sido establecidas atendiendo a tres razones:

1º Por falta de capacidad para percibir los hechos sobre los que declara el testigo. Son las comprendidas en el artículo 357, N.ºs 1º al 5º. Se trata de inhabilidades absolutas.

2º Por falta de probidad para declarar (art. 357 N.ºs 6º al 9º). También son inhabilidades absolutas.

3º Por falta de imparcialidad para apreciar los hechos sobre los cuales declara el testigo (art. 358). Estas son incapacidades relativas, porque dicen relación con un juicio determinado.

d) Como lo veremos en su oportunidad, las inhabilidades deben hacerse valer oportunamente por medio de las tachas, pues el juez no está en condiciones de conocer las incapacidades que tienen los testigos.¹⁰¹ Excepcionalmente, el juez puede repeler de oficio a los testigos que notoriamente aparezcan adolecer de una inhabilidad absoluta (art. 357).

2º Admisibilidad de la prueba de testigos

153. CONCEPTO

a) Los peligros que derivan del carácter subjetivo de la prueba

¹⁰¹ Vid. infra párrafo 5º.

ba testimonial han determinado al legislador a establecer importantes limitaciones en orden a su admisibilidad.

b) Desde este punto de vista, es preciso tener presentes dos situaciones: 1º una que dice relación con su recepción, o sea con el procedimiento mismo, y 2º la otra, con la eficacia de esta prueba.

1º Respecto a esta primera situación, ya hemos visto la oportunidad en que debe rendirse esta prueba, que no es otra que en el término probatorio;¹⁰² la obligación que tiene la parte que quiere valerse de esta prueba en orden de acompañar una lista de testigos y una minuta de puntos de prueba, dentro del plazo y las condiciones que la ley señala;¹⁰³ las condiciones que deben reunir los testigos;¹⁰⁴ etc.

2º Con relación a la eficacia de la prueba testimonial, en orden a su admisibilidad, precisa distinguir entre prueba de los hechos y prueba de las obligaciones. Nos referiremos a estos dos aspectos en los próximos números.

154. PRUEBA DE LOS HECHOS

La prueba testimonial es admisible en forma amplia cuando tiene por objeto un hecho entendiéndose como tal todo suceso de orden físico o moral que de alguna manera produce efectos en las relaciones jurídicas, sea creando, modificando o extinguiendo derechos.

155. PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

a) Lo fundamental en lo que a esto concierne se encuentra estatuido en el artículo 1708 del Código Civil, que dice: "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito".

¹⁰² Vid. supra Nº 84, letra c),

¹⁰³ Vid. supra Nº 89.

¹⁰⁴ Vid. supra Nº 152.

b) Las obligaciones que deben consignarse por escrito son:

1º Las obligaciones que están implícitamente contempladas en el artículo 1701 del Código Civil, vale decir, las que emanan de actos o contratos solemnes, pues la omisión de las solemnidades no puede suplirse por prueba de ninguna especie; y el acto es nulo de nulidad absoluta.

2º Los actos y contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias (art. 1709, inc. 1º, del C.C.). Cabe observar que esta disposición se refiere únicamente a los actos y contratos; pero los hechos que dan nacimiento a obligaciones de más de dos unidades tributarias, que no sean actos y contratos, pueden ser probados por testigos cualquiera que sea su monto. Además, esta disposición excluye solamente a la prueba testimonial; no a los demás medios probatorios.

3º Deben constar por escrito, por último, las modificaciones o alteraciones de cualquier naturaleza que se hagan a un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias, aun cuando se refiera a una cosa cuyo precio sea menor (art. 1709, inc. 2º, del C.C.).

c) Las reglas indicadas tienen, sin embargo, importantes excepciones, señaladas en el artículo 1711 del Código Civil. Ellas son:

1º Cuando exista un principio de prueba por escrito, entendiéndose por tal un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso (art. 1711, inc. 1º, del C.C.).

El principio de la prueba por escrito se distingue de la prueba escrita en que con esta última se acredita el contrato u obligación, al paso que aquélla sólo lo hace verosímil. La verosimilitud es una cuestión de hecho que queda entregada a la apreciación soberana de los jueces de la instancia.

¿Es necesario que este principio de prueba haya sido reconocido por la parte contraria para que pueda invocarse? Creemos que no, porque entonces no habría principio de prueba, sino prueba completa.

2º En los casos en que ha sido imposible obtener una prueba escrita (art. 1711, inc. 3º, del C.C.). Esta imposibilidad puede ser física o moral.

3º En los casos expresamente exceptuados por las leyes. Así, por ejemplo, el comodato (art. 2175 del C.C.); el depósito necesario (arts. 2237 y 2241 del C.C.); los actos y contratos mercantiles, salvo en los que la ley exija escritura pública (art. 128 del C. de C.); etc.

3º *Obligaciones de los testigos*

156. GENERALIDADES

a) Los testigos tienen la obligación de concurrir al tribunal, declarar en el proceso y decir la verdad.

Estas son cargas impuestas a todos en beneficio común.

La ley establece que toda persona, cualquiera que sea su estado o profesión, está obligada a declarar y concurrir a la audiencia que el tribunal señale con este objeto (art. 359, inc. 2º).

b) Pero puede suceder que el testigo no concurre o concurrendo se niegue a declarar. La ley también se ha puesto en este caso y ha establecido en el artículo 380 que siempre que lo pida alguna de las partes el tribunal mandará que se cite a los testigos.

El testigo que estando legalmente citado no comparece, puede ser compelido por medio de la fuerza pública a presentarse ante el tribunal, a menos que acredite que está en la imposibilidad de ir.

Si se niega a declarar sin justa causa, puede incluso ser mantenido en arresto hasta que preste su declaración. Se entienden por justa causa los casos en que el testigo no está obligado a declarar.¹⁰⁵

La citación deberá hacerse por medio de un receptor, quien notificará a los testigos, personalmente o por cédula, el hecho de que deben presentarse a declarar ante determinado tribunal, en tal juicio y en tal día y hora.

La obligación de concurrir a la audiencia señalada por el tribunal sólo la tienen los testigos que residan en el territorio jurisdiccional en donde funciona el tribunal (art. 371).

c) Además de las sanciones que hemos indicado puede el testigo incurrir en responsabilidad penal que consistirá en pena de prisión en sus grados medio a máximo o multa de uno a cinco sueldos vitales, si se niega a comparecer o a prestar declaración, habiendo sido citado legalmente (artículo 380, inc. final del C.P.C., en concordancia con el art. 494, Nº 12, del C.P.).

d) La obligación del testigo no es sólo de comparecer ante el juez y responder a las preguntas, sino, también, de decir la verdad. Aunque esto parezca de Perogrullo, es útil recordarlo porque muchas personas lo olvidan.

Los testigos que en juicio civil no dicen la verdad cometen un delito específico, el de falso testimonio en causa civil, penado por el artículo 209 del Código Penal.

e) No solamente los testigos tienen obligaciones y pueden incurrir en responsabilidades. Las partes también las tienen.

Así, si una de las personas exige la comparecencia de un testigo a sabiendas de que es inútil su declaración, el tribunal puede imponerle una multa de un décimo a medio sueldo vital (art. 359, inc. 2º).

Además, es indudable que el testigo tiene derecho a una indemnización por el tiempo que ha debido desatender sus ocupaciones habituales para concurrir al tribunal, desde que es un principio general que todo perjuicio debe ser indemnizado. Al efecto, el artículo 381 establece:

"Tiene el testigo derecho para reclamar de la persona que lo presenta, el abono de los gastos que le imponga la comparecencia.

"Se entenderá renunciado este derecho si no se ejerce en el plazo de veinte días, contados desde la fecha en que se presta la declaración.

"En caso de desacuerdo, estos gastos serán regulados por el tribunal sin forma de juicio y sin ulterior recurso".

Es preciso no confundir esta indemnización que se da al testigo por los gastos que le impone la comparecencia a la audiencia de prueba, con la dádiva o promesa que se le dé u ofrezca a un testigo para que declare en un sentido determinado. En este último caso se comete delito.

¹⁰⁵ Vid. infra Nº 157.

157. PERSONAS QUE NO ESTAN OBLIGADAS A DECLARAR

a) Hemos dicho en el número anterior que la regla general es que toda persona está obligada a prestar declaraciones en juicio como testigo. Sin embargo, esta regla no es absoluta, pues tiene importantes excepciones por razones muy atendibles.

b) *Secreto profesional.* Constituye una excepción a la regla enunciada más arriba. Dispone a este respecto el artículo 360, Nº 1º: "No serán obligados a declarar: 1º Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio".

Esta disposición es preciso concordarla con el artículo 247 del Código Penal, que en su inciso 2º establece que incurrirán en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales, los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

Por consiguiente, los abogados, notarios, procuradores, médicos y matronas (hay que excluir a los eclesiásticos, porque no tienen título), no sólo no están obligados a declarar, sino que, para el caso que lo hagan, pueden, incluso, incurrir en sanciones penales.

c) *Parentesco.* Otra excepción la constituye el Nº 2º del artículo 360, que dice: "No serán obligados a declarar: ... 2º Las personas expresadas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 358". Esas personas son: 1º el cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; 2º Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, y 3º Los pillos por sus guardadores, y éstos por aquéllos.¹⁰⁶

d) Por último, el artículo 360 en su Nº 3º indica otras personas que no están obligadas a declarar. Así, el testigo que es interrogado acerca de hechos que afectan su honor o el de las personas que hemos señalado en la letra c), o que importen un delito de que puedan ser criminalmente responsables tanto él

¹⁰⁶ Véase la Ley Nº 19.585, de 26 de octubre de 1998, que reemplazó el régimen de filiación por el de filiación matrimonial y extramatrimonial.

como cualquiera de las personas a que nos hemos referido, puede negarse a declarar.

158. PERSONAS QUE NO ESTAN OBLIGADAS A COMPARECER

a) Toda persona está obligada a concurrir a la audiencia que el tribunal señale para prestar las declaraciones que procedan.

b) Excepcionalmente hay ciertas personas que no están obligadas a comparecer ante el tribunal para prestar su declaración, siendo las indicadas en los actuales artículos 361 y 362, los que fueron modificados por la Ley 19.806, publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo de 2002.

c) Las personas mencionadas en el artículo 361 que tienen la facultad de no comparecer ante el tribunal a prestar declaración y que pueden hacerlo en el lugar que fijan dentro del territorio jurisdiccional del tribunal, son las siguientes:

1º. El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, los Subsecretarios, los Intendentes Regionales, los Gobernadores y los Alcaldes, dentro del territorio de su jurisdicción; los jefes superiores de Servicios, los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales Judiciales de estos tribunales, los Jueces Letrados, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales, los Oficiales Generales en servicio activo o en retiro, los Oficiales Superiores y los Oficiales Jefes; el Arzobispo y los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores, los Vicarios y los Provicarios Capitulares; y los Párrocos dentro del territorio de la parroquia a su cargo;

2º Detenido;

3º Los religiosos, incluso los novicios;

4º Las mujeres, siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia; y

5º Los que por enfermedad u otro impedimento, calificado por el tribunal, se hallen en la imposibilidad de hacerlo.

d) Las personas mencionadas en el artículo 361, a partir de la modificación legal, ya no declaran algunas de ellas por medio de informes, como acontecía con las que se incluyen en su Nº 1, y otras en su domicilio, sino que todas éstas pueden prestar su declaración en el domicilio que fijan dentro del territo-

rio jurisdiccional del tribunal. El motivo por el cual se introduce esta modificación radica en que "se consideró necesario enviar el procedimiento conforme con el cual declaraban estas personas en términos similares al previsto en el artículo 301 del Código Procesal Penal, a fin de que sean interrogadas en el lugar en el cual ejercen sus funciones o en su domicilio. Si bien, por la investidura de sus cargos, no es apropiado exigirles a las autoridades que señale esta disposición que concurran a los tribunales a declarar, ello no implica librarlas de someterse al examen ante el tribunal, con toda la lógica que ello involucra, dentro de la cual ocupa un lugar muy importante la igualdad de oportunidades de las partes para allegar los medios probatorios que consideren pertinentes para fundamentar sus posiciones y, particularmente, efectuar preguntas y contrainterrogaciones a los testigos. Con el objeto de evitar la concurrencia de estas personas al lugar de funcionamiento del tribunal, pero exigir que comparezcan ante él a prestar su declaración, se juzgó adecuado otorgarles la facultad para fijar domicilio dentro del territorio jurisdiccional del tribunal. Si el interesado no ejerciere oportunamente esta facultad o renunciar a ella, el juez determinará el lugar y la fecha de realización de la audiencia".¹⁰⁷

e) Relativamente a los miembros del Poder Judicial, indicados en el N° 1, para declarar los ministros y fiscal judicial de la Corte Suprema necesitan de permiso previo de ella; y los ministros y fiscales judiciales de las cortes de apelaciones y jueces letrados requieren de permiso previo de la respectiva Corte.

Las Cortes de Apelaciones y la Suprema, en su caso, concederán este permiso "siempre que no parezca al tribunal que sólo se trata de establecer, respecto del juez o fiscal judicial presentado como testigo, una causal de recusación", ya que de otro modo a las partes les sería muy fácil recusar a los jueces y fiscales judiciales atendido lo que dispone el artículo 196 N° 9 del Código Orgánico de Tribunales, que establece como causal de

¹⁰⁷ Boleín 2.217-07 Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

recusación el haber declarado el juez como testigo en la cuestión actualmente sometida a su conocimiento.

f) El procedimiento que se contempla para tomar declaración a las personas mencionadas en el artículo 361 consiste en que ellas, dentro del tercer día hábil siguiente a la notificación de la resolución que los cite a declarar como testigos, deben proponer al tribunal el lugar y la fecha, comprendida dentro del término probatorio, para la realización de la audiencia en que se les tomará declaración, a la cual tienen derecho a asistir todas las partes y los apoderados de éstas, además del juez y del receptor que actúa como ministro de fe. El juez será quien fijará sin más trámite el día y lugar para la realización de la diligencia, si el interesado así no lo hiciera ni comunicare su renuncia al derecho que le confiere este artículo. En el día y lugar señalado se tomará a los testigos conforme al procedimiento general que se contempla para que presten declaración, teniendo las partes el derecho de efectuar las preguntas y contrainterrogaciones al testigo que sean pertinentes. Este derecho puede ser renunciado por dichas personas, en cuyo caso deben comparecer a prestar declaración ante el tribunal en el día y hora fijado para la deposición de los testigos presentados por las partes, y serán interrogados conforme a las reglas generales.

g) Conforme a lo previsto en el actual artículo 362, los chilenos y extranjeros que gocen en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia, no están obligados a declarar ni a concurrir a la audiencia judicial a prestar declaración como testigos. Para estas personas prestar declaración y comparecer ante el tribunal a depolar como testigo es de carácter voluntario y facultativo, dependiendo sólo de su buena voluntad la realización de esa actuación. De allí que se prevé que estas personas declaren por medio de informes, si consintieren voluntariamente. Para tal efecto, se les dirigirá un oficio respetuoso por medio del Ministerio respectivo, conforme a lo previsto en el inciso final del actual artículo 362.

4º *Procedimiento*

159. LISTA DE TESTIGOS Y MINUTA DE PUNTOS DE PRUEBA

a) La parte que desee rendir prueba testimonial tiene la obligación de presentar, dentro de los cinco primeros días del probatorio —esto es, los siguientes a la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba, si no se hubiere deducido reposición, o los siguientes a la notificación de la resolución que se pronuncia acerca de la última reposición si ella se hubiere deducido—, una lista de testigos de los cuales se va a valer y una minuta de puntos de prueba (art. 320).¹⁰⁸

160. A INICIATIVA DE QUIEN SE PRODUCE LA PRUEBA TESTIMONIAL

a) Por regla general, la testimonial debe producirse a iniciativa de las partes, las que están obligadas a presentar una lista de testigos y una minuta de puntos de prueba, como tantas veces lo hemos dicho.

b) Sin embargo, también puede producirse a iniciativa del propio tribunal, como una medida para mejor resolver (art. 159, Nº 5º).

En este caso no se trata de nuevos testigos que vayan a declarar sobre las mismas preguntas, ni de los mismos testigos anteriores, sobre nuevas, sino que se trata de los mismos testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios.

161. OPORTUNIDAD PARA RENDIRLA

a) Al efecto hay que distinguir según se trate de rendir la prueba en primera instancia o en segunda.

¹⁰⁸ Vid. supra Nº 83.¹⁰⁹ C. Sup., Rev. XXVI-I-369.¹¹⁰ C. de Santiago, Rev. XLII-II-2-41.

b) En primera instancia la prueba testimonial sólo puede producirse dentro del término probatorio, tanto ordinario, extraordinario o especial, que para los efectos de rendir la testimonial son términos fatales.

Concerniente a esto ha establecido la jurisprudencia que es nula la prueba testimonial rendida fuera del término probatorio, aunque los días en que se la rindió hayan sido señalados por sentencia que quedó ejecutoriada, la cual no produce cosa juzgada respecto de la validez de la prueba.¹⁰⁹

c) El tribunal puede ordenar como medida para mejor resolver en segunda instancia la recepción de la prueba testimonial, siempre que no se haya podido rendir en primera, debiendo ella recaer acerca de hechos que no figuren en la prueba rendida y que tales hechos sean considerados estrictamente necesarios, en concepto del tribunal, para la acertada resolución del juicio. En este caso, el tribunal deberá señalar determinadamente los hechos sobre que deba recaer y abrir un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente y que no podrá exceder de ocho días. La lista de testigos deberá presentarse dentro de segundo día de notificación por el estado la resolución respectiva (art. 207).

El artículo 207 del Código de Procedimiento Civil autoriza la aceptación de pruebas en segunda instancia, pero ella queda sujeta a la facultad del tribunal, vale decir, no se trata de un imperativo a que esté obligado y será ejercida cuando la prueba sea, a juicio del tribunal, indispensable para la decisión del juicio (SCS, R.D.J. 1980, t. LXXVII, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 74, C. 4º. En el mismo sentido SCS de 03.11.1993, Rol Nº 28.654, C. 3º).

d) Carecen de todo valor como prueba testimonial las declaraciones firmadas por terceros ante notario y que se presenten como declaraciones de testigos,¹¹⁰ ello es evidente porque la testimonial debe rendirse dentro del probatorio y cumpliendo las exigencias y requisitos que establece la ley.

162. RECEPCIÓN DE LA TESTIMONIAL

a) Dispone el artículo 369, inciso 1º: "El tribunal, atendido el número de testigos y el de los puntos de prueba, señalará una o más audiencias para el examen de los que se encuentren en el departamento (territorio jurisdiccional)".

En la práctica, el día y la hora en que se examinarán los testigos se señalan generalmente en la resolución que recibe la causa a prueba. Pero no hay inconveniente alguno en que las partes soliciten día y hora para rendir su prueba.

b) Si los testigos residen fuera del territorio jurisdiccional en que se sigue el juicio se aplica el artículo 371, inciso 1º: "Si han de declarar testigos que residan fuera del territorio jurisdiccional en que se sigue el juicio, se practicará su examen por el tribunal que corresponda, a quien se remitirá copia de los puntos de prueba fijados".

El tribunal de la causa debe enviar exhorto al que corresponda, con los antecedentes necesarios, para que proceda al examen de los testigos. En el exhorto puede indicarse, conforme a las reglas generales, la persona que lo ha de diligenciar o que podrá hacerlo la persona que lo presente, y quien representará a la parte en la audiencia de examen de los testigos, para los efectos de oponer las tachas, repreguntar, contrainterrogar, etc. La otra parte también puede hacerse representar para los mismos efectos.

Estos representantes de las partes deben cumplir con el artículo 2º de la Ley de Comparecencia en Juicio, o sea, deben ser personas habilitadas para comparecer en juicio.

c) El examen de los testigos se practicará en el tribunal exhortado conforme a las reglas que la ley establece para el examen de los testigos efectuado ante el tribunal de la causa.

163. ANTE QUIEN SE PRESTA LA DECLARACIÓN

a) Los testigos deben ser interrogados personalmente por el juez (art. 365, inc. 1º).

El examen se hace en presencia de las partes y de sus abogados, actuando como ministro de fe -quien autorizará el acto-

un receptor que las partes eligen, el que debe ser remunerado. El receptor servirá además como actuario en las incidencias que ocurran durante la audiencia de prueba (art. 370).

Si en la recepción de la testimonial actúa el secretario del tribunal, en vez de un receptor, la jurisprudencia ha establecido que es nula la prueba.¹¹¹

b) Tratándose de un tribunal colegiado, los testigos deben ser interrogados personalmente por uno de sus miembros (art. 365).

164. JURAMENTO

a) Antes de prestar declaración, los testigos deben prestar juramento, que será del tenor siguiente: "Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?". El interrogado responderá: "Sí juro" (art. 363).

Los sordomudos deben prestar juramento en la misma forma como pueden declarar, o sea, permitiéndoles leer el juramento y contestándolo por escrito.¹¹²⁻¹¹³

b) Si no se presta juramento, la declaración es nula.

165. ORDEN DE LAS DECLARACIONES

a) Para asegurar la eficacia de la prueba, evitando que los testigos conozcan las declaraciones de los otros, previene el artículo 364: "Los testigos de cada parte serán examinados separada y sucesivamente, principiando por los del demandante, sin que puedan unos presenciar las declaraciones de los otros.

"El tribunal adoptará las medidas conducentes para evitar que los testigos que vayan declarando puedan comunicarse con los que no hayan prestado declaración".

¹¹¹ C. Sup., Rev. VII-II-1º-247.

¹¹² Vid. infra Nº 168, letra c).

¹¹³ Vid. Actas de la sesión 20 de la Comisión Revisora del Proyecto Primario del C.P.C. En ella se dejó en claro que los sordomudos debían prestar juramento en la misma forma que declaraban.

b) La jurisprudencia ha establecido que la regla que consigna esa disposición referente a que las declaraciones comenzarán por los testigos del demandante, no ha hecho otra cosa que fijar una norma de procedimiento para evitar discusiones, pero ello no quiere decir que si no han concurrido esos testigos, no pueda comenzarse con los del demandado; presentando el actor los suyos en una audiencia posterior, estando vigente todavía el probatorio.¹¹⁴

El mero atraso de los testigos o su pasividad frente al llamado a comparecer a la audiencia de prueba no constituye entorpecimiento que permita otorgar a esa parte un término especial para rendir la testimonial y en consecuencia no comete falta el juez que niega lugar a dicha petición (SCS, R.D.J. 1983, t. LXXX, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 109, C. 13º).

166. CUANTOS TESTIGOS PUEDEN INCLUIRSE EN LA LISTA Y CUANTOS PUEDEN ADMITIRSE A DECLARAR

a) En la lista de que trata el artículo 320 pueden presentarse todos los testigos que se deseen; pero sólo serán admitidos a declarar hasta seis testigos, por cada parte, sobre cada uno de los puntos de prueba que haya señalado el tribunal (art. 372, inc. 1º).

Es preciso insistir que no se trata de los puntos de prueba que las partes hayan consignado en la minuta de que habla el artículo 320, sino sobre cada uno de los hechos que señala el tribunal en la resolución que recibe la causa a prueba.

b) Si declaran más de seis testigos sobre cada uno de los hechos de prueba, sólo procede considerar las declaraciones de los seis primeros.¹¹⁵

c) Sólo pueden examinarse los testigos que figuran en la nómina a que se refiere el inciso final del artículo 320 (art. 372, inc. 2º); sin embargo, el tribunal puede admitir otros testigos en casos muy calificados y siempre que jure la parte que los presenta que no tuvo conocimiento de ellos al tiempo de formar la lista de testigos (art. 372, inc. final).

¹¹⁴ C. de Talca, G.T. 1940, 1º, s. 69, pág. 322; C. de Concepción, G.T., 2º, s. 145, pág. 613.

¹¹⁵ C. de Valdivia, Rev. XXXI-II-2ª-1.

167. EXÁMEN DE LOS TESTIGOS

a) Llenados los requisitos del juramento y demás que hemos visto, comienza el interrogatorio. Al efecto preceptúa el artículo 365, inciso 2º: "Las preguntas versarán sobre los datos necesarios para establecer si existen causas que inhabiliten al testigo para declarar y sobre los puntos de prueba que se hayan fijado. Podrá también el tribunal exigir que los testigos rectifiquen, esclarezcan o precisen las aseveraciones hechas".

Según este artículo, las preguntas deben versar: 1º sobre los datos necesarios para establecer si existen causas que inhabiliten al testigo para declarar; 2º sobre los puntos de prueba que se hayan fijado, y 3º podrán también hacerse preguntas tendientes a rectificar, esclarecer o precisar las aseveraciones hechas.

b) La Corte Suprema ha establecido que no procede recurso de casación en el fondo por infracción de esta disposición, porque es de mero procedimiento,¹¹⁶ y la de Valparaíso ha dicho que son válidas las declaraciones de testigos que no han sido interrogados sobre las inhabilidades que pudieran afectarles, dado que la omisión no está sancionada con nulidad.¹¹⁷

c) Los requisitos que deben contener las respuestas de los testigos los consigna el artículo 367: "Los testigos deben responder de una manera clara y precisa a las preguntas que se les hagan, expresando la causa por que afirman los hechos aseverados. No se les permitirá llevar escrita su declaración". La Corte Suprema ha establecido que esta disposición no puede servir de base a un recurso de casación en el fondo porque sólo es formula de la litis.¹¹⁸

d) La razón de sus dichos, o sea la causa de por qué afirman los testigos los hechos aseverados, es importantísima para el juez, porque si éste no conociera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que conocieron el hecho por el cual deponen, carecería de un elemento fundamental para valorar el testimonio. Ello le permitirá determinar si se trata de un testigo presencial o de oídas, si su testimonio importa sólo una opinión o es en realidad la relación del hecho visto u oído, etc. Por esa razón la jurispru-

¹¹⁶ C. Sup., Rev. XXVIII-II-1ª-29.

¹¹⁷ C. de Valparaíso, G.T. 1929, 1º, s. 82.

¹¹⁸ C. Sup., Rev. XXVIII-II-1ª-270.

dencia ha establecido: "Los testigos deben expresar o manifestar la causa por que afirman los hechos asverados, o sea, que den razón de sus dichos, ya que sin ello no habría medio alguno para que el tribunal sentenciador se forme el concepto que le permita hacer la calificación de la prueba que potestativamente le incumbe, y lo decisivo de la lisi quedaría substancialmente subordinado al efecto de simples afirmaciones, no pocas veces obsequiosas o complacientes de los testigos".¹¹⁹

e) La ley les prohíbe a los testigos llevar escritas sus declaraciones; aun más: creemos que no pueden consultar apuntes ni borradores, porque ello permitiría sospechar que sus respuestas no son espontáneas, a menos que se trate de datos técnicos, cantidades o cualesquiera otros que sean difíciles de retener.

f) La declaración del testigo constituye un solo acto que no puede interrumpirse sino por causas graves y urgentes (art. 368); además, el tribunal debe procurar, en cuanto sea posible, que todos los testigos de cada parte sean examinados en la misma audiencia (art. 369, inc. 2ª).

g) El artículo 366 consagra una disposición que tiene mucha importancia para descubrir a los testigos falsos: "Cada parte tendrá derecho para dirigir, por conducto del juez, las interrogaciones que estime conducentes a fin de establecer las causas de inhabilidad legal que puedan oponerse a los testigos, y a fin de que éstos rectifiquen, esclarezcan o precisen los hechos sobre los cuales se invoca su testimonio."

"En caso de desacuerdo entre las partes sobre la conducencia de las preguntas resolverá el tribunal y su fallo será apelable sólo en lo devolutivo".

168. EL TESTIGO NO HABLA O NO ENTIENDE CASTELLANO

a) El artículo 382 prescribe: "Si el testigo no supiere el idioma castellano, será examinado por medio de un intérprete mayor de dieciocho años, quien prometerá bajo juramento desempeñar bien y fielmente el cargo. Por conducto del intérprete se interrogará al testigo y se recibirán sus contestaciones, las cuales serán consigna-

¹¹⁹ C. de Talca, Rev. XU-II-2ª-54.

das en el idioma del testigo, si éste no entendiere absolutamente el castellano. En tal caso, se pondrá al pie de la declaración la traducción que de ella haga el intérprete."^{119 bis}

b) Este artículo es necesario concordarlo con el artículo 63, que dispone que cuando sea necesaria la intervención de intérprete en una actuación judicial, se recurrirá al intérprete oficial, si lo hay, que lo es el traductor del Ministerio de Relaciones Exteriores,¹²⁰ y en caso contrario, al que designe el tribunal.

Es claro que el traductor del Ministerio de Relaciones Exteriores sólo podrá intervenir como intérprete en los juicios que se promuevan en Santiago; en los demás casos, será el tribunal quien lo designe.

"Los intérpretes deberán tener las condiciones requeridas para ser perito y se les atribuirá el carácter de ministros de fe" (art. 63, inc. 2ª).¹²¹ Antes de practicarse la diligencia, deberá el intérprete prestar juramento para el fiel desempeño de su cargo" (art. 63, inc. 3ª).

c) Si el testigo fuere sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si fuere mudo, dará por escrito sus contestaciones.

Si no fuere posible proceder de esta manera, la declaración del testigo será recibida por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con él por medio de la lengua de señas, por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos. Estas personas prestarán previamente el juramento de desempeñar bien y fielmente el cargo de intérprete.

169. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

Los testigos pueden ser llamados a reconocer un instrumento con el objeto de establecer su autenticidad.

^{119 bis} Modificado por el N° 2 del artículo 2° de la Ley N° 19.904, publicada en el Diario Oficial de 3 de octubre de 2003.

¹²⁰ De conformidad con el art. 1°, letra d), del Decreto N° 738, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del año 1966, el Departamento de Traductores e Intérpretes de la Dirección de los Servicios Centrales del mencionado Ministerio tendrá a su cargo "Intervenir en todas aquellas diligencias judiciales en que sea requerida la mediación de un Intérprete Oficial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil".

¹²¹ Vid. infra N° 225.

También pueden ser llamados a reconocer un instrumento privado que emana del propio testigo. Precisamente habíamos dicho al estudiar los documentos privados emanados de tercero que no se les aplicaba a ellos el artículo 342, sino que la única forma como podían tener valor era incluyendo al tercero en la lista de testigos para que declarara en el momento oportuno que emanaba de él ese documento.¹²²

170. COMO SE CONSIGNAN LAS DECLARACIONES

a) Las declaraciones de los testigos se consignarán por escrito, conservándose en cuanto sea posible las expresiones de que se hayan valido, reducidas al menor número de palabras. Después de leídas por el receptor en alta voz y ratificadas por el testigo, serán firmadas por el juez, el declarante, si sabe, y las partes, si también saben y se hallan presentes, autorizándolas un receptor, que servirá también como actuario en las incidencias que ocurran durante la audiencia de prueba (art. 370). Debemos tener presente que omitida la formalidad ineludible de la suscripción del acta de prueba testimonial por parte del juez de la causa, se produce incertidumbre acerca de su comparecencia y presencia física en tal actuación procesal, lo que determina su inexistencia o nulidad (SCAP STGO, 27.01.1999, Gaceta Jurídica N° 223, pág. 110, C. 6°).

b) Como las declaraciones de los testigos son actuaciones judiciales, deben cumplir todos los requisitos de ellas. Estos son: 1° deben ser hechas por el funcionario que indica la ley; 2° deben efectuarse en días y horas hábiles, y 3° deben ser autorizadas por un funcionario que dé fe de ellas. Actuación judicial es sinónimo de "acto de procedimiento".

5° Las tachas

171. CONCEPTO

a) El peligro que deriva del carácter subjetivo de la prueba testimonial ha inducido al legislador a establecer, además de las

¹²² Vid. supra N° 144.

restricciones en cuanto a su admisibilidad,¹²³ la inhabilidad de determinadas personas para testificar en juicio, la que se hace efectiva mediante las tachas.

b) Las tachas constituyen, entonces, la manera de hacer efectivas las inhabilidades establecidas por el Código de Procedimiento Civil.

172. CLASIFICACION DE LAS INHABILIDADES

a) Algunos autores¹²⁴ dividen las tachas en tres categorías: 1° a la persona del testigo, cuando se le objeta en razón de alguna incapacidad absoluta o relativa suya; 2° al examen, las que se fundan en el hecho de haberse violado alguna de las disposiciones para la recepción de la prueba, y 3° al dicho, las que se refieren a las manifestaciones del testigo, por ser obscuras, vagas, inverosímiles, etc.

b) Dentro del régimen actual de nuestro Código, sólo existen las primeras, o sea, las que se refieren a la persona del testigo, señaladas en los artículos 357 y 358.

c) Las inhabilidades, según ya lo hemos dicho, son de dos clases: absolutas y relativas.¹²⁵ Las primeras, tratadas en el artículo 357, son las que afectan a todas las personas que se encuentran en determinadas condiciones. Las segundas, relativas, a las que se refiere el artículo 358, afectan a ciertas personas en casos determinados en que inciden.

Estas inhabilidades —también lo dijimos—¹²⁶ han sido establecidas en razón de falta de capacidad, falta de probidad y falta de imparcialidad en los testigos.

173. INHABILIDADES ABSOLUTAS

a) *Los menores de 14 años.* Podrán, sin embargo, aceptarse sus declaraciones sin previo juramento y estimarse como base

¹²³ Vid. supra N°s 153, 154 y 155.

¹²⁴ La antigua legislación procesal chilena también seguía este sistema.

¹²⁵ Vid. supra N° 152.

¹²⁶ Vid. supra N° 152, letra c).

de una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente (art. 357, Nº 1º).

b) *Enajenación mental*. Al efecto hay que distinguir dos situaciones: 1ª si el demente está sujeto a interdicción, su declaración carecerá en absoluto de eficacia, aun cuando los hechos se hubieren producido con anterioridad a la misma o en un intervalo lúcido (art. 357, Nº 2º), y 2ª si no está sujeto a interdicción, el que lo tache deberá acreditar que al tiempo de declarar o de verificarse los hechos sobre los que declara se hallaba privado de razón (art. 357, Nº 3º).

c) *Ebriedad*. La ebriedad puede ser ocasional o consuetudinaria. El Código de Procedimiento Civil comprende solamente la primera en el artículo 357, Nº 3º. La consuetudinaria podría quedar comprendida dentro de un caso de enajenación mental.

d) *Los que carezcan de sentidos*. El Nº 4º del artículo 357 establece como causal de tacha a los testigos el que carezcan del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse éstos. ¿Qué debe entenderse por carecer del sentido necesario? Se alude al sentido de la vista, por ejemplo, cuando se trata de declarar sobre la efectividad de un suicidio que se dice presenciado por el testigo; del oído, cuando se declara sobre lo que ha oído decir a otra persona; etc.¹²⁷

e) *Los sordos o sordomudos*. Pero solamente los que no pueden darse a entender claramente. Si se pueden dar a entender claramente, ellos son testigos hábiles y deben ser interrogados en la forma prevista en el artículo 382.^{127 bis}

f) *Cohecho*. Los que en el mismo juicio hayan sido cohechados, o hayan cohechado o intentado cohechar a otros (art. 357, Nº 6º). Según Escriche, cohecho es "el soborno, seducción o corrupción del juez u otra persona para que haga lo que se le pide, aunque sea contra la justicia". Esta tacha está establecida en razón de la falta de probidad de la persona que cohecha o se deja cohechar.

g) *Los vagos sin ocupación u oficio conocido* (art. 357 Nº 7º). La ley considera que tales testigos carecen de probidad y no puede

fundarse una sentencia en sus dichos, pues la ley supone, con razón, que la persona que es un vago no se halla en condiciones de valorar la conducta de los demás, ni es capaz de substraerse a la influencia de la pasión o del interés.

h) *Los condenados por delito*. Pero solamente los que en concepto del tribunal sean indignos de fe. Se deja, pues, a la conciencia del juez la calificación de la tacha (art. 357, Nº 8º).

i) *Los jureros*. Son absolutamente inhábiles para declarar en juicio los que hagan profesión de testificar en juicio. Son llamados vulgarmente "jureros" (art. 357, Nº 9º).

174. INHABILIDADES RELATIVAS

a) El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos (art. 358, Nº 1º).¹²⁸

b) Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicita su declaración (art. 358, Nº 2º).¹²⁹

c) Los pupillos por sus guardadores y viceversa (art. 358, Nº 3º).

d) Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente.

Se entiende por dependiente, para estos efectos, el que presta habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado como testigo, aunque no viva en su casa. Actualmente debe entenderse que son los trabajadores.¹³⁰

Según quedó constancia en las Actas de la sesión 19 de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, criado doméstico es una persona que presta a otra, mediante un salario, ciertos servicios, determinados por el contrato o por la costumbre del país.¹³¹ Ahora debe entenderse que son trabajadores de casa particular.¹³²

¹²⁸⁻¹²⁹ Véase la Ley Nº 19.585, de 26 de octubre de 1998, que reemplazó el régimen de filiación por el de filiación matrimonial y extramatrimonial.

¹³⁰ Vid. art. 3º, letra b), del C. del T.

¹³¹ Los miembros de la Comisión Revisora se remitieron al art. 1987 del C.C. para precisar el concepto de criado doméstico.

¹³² Vid. art. 146 del C. del T.

¹²⁷ Estos son ejemplos dados por don Leopoldo Urrutia al explicar al señor Richard qué se entendía por "carecer de sentido necesario", al tratarse en la sesión 19, de 8 de noviembre de 1901, el art. 351 del Proyecto de C.P.C. de 1893.

^{127 bis} Modificado por el Nº 1 del artículo 2º de la Ley Nº 19.904, publicada en el Diario Oficial de 3 de octubre de 2003.

La jurisprudencia ha establecido que los empleados de la Empresa de los FF.CC. del Estado no pueden ser tachados por esta causal, en atención a que tienen nombramiento, permanencia, deberes y atribuciones conforme a las leyes y reglamentos respectivos que les aseguran su independencia para declarar como testigos en la causa de la misma Empresa.¹³³⁻¹³⁴ que los empleados de una sociedad anónima no pueden considerarse dependientes de ella;¹³⁵ que tampoco se puede considerar como teniendo esa calidad a un contador remunerado por la parte que lo presenta, siempre que no tenga horas de oficina.¹³⁶

e) Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio (art. 358, N° 5°).

La Comisión Revisora del Proyecto de 1893 dejó constancia en actas que esta tacha procede no sólo respecto de los dependientes de una persona natural, sino también de las personas jurídicas.

f) Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto (art. 358, N° 6°).

g) Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren (art. 358, N° 7°).

La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias.

175. QUIEN PUEDE OPONER LA TACHA

- Las tachas las opone la parte en contra de quien va a declarar el testigo.
- Ha establecido la jurisprudencia que el litigante que ha tachado a un testigo y le contrainterroga, debe entenderse que

¹³³ C. Sup., Rev. XXVIII-II-1°-66.

¹³⁴ En el mismo sentido: C. de Santiago, Rev. XXV-II-2°-129; VII-2°-57.

¹³⁵ C. Sup., Rev. XXV-II-1°-245.

¹³⁶ C. Sup., Rev. XXVIII-II-1°-600.

se ha desistido de la tacha, porque invoca su testimonio, y renuncia implícitamente a las inhabilidades que podrían afectarle.¹³⁷

c) Estimamos que esta jurisprudencia es errada porque "esta doctrina coloca a los litigantes en la alternativa de contrainterrogar al testigo sin tacharlo o de tacharlo sin contrainterrogar e importa en el fondo dar a la tacha la calidad de obstáculo para el contrainterrogatorio, lo que, aparte de parecernos inconveniente para la buena calidad de la prueba testimonial, no se ajusta a los textos legales.

"En efecto, de conformidad con el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, las tachas opuestas por las partes no obstan al examen de los testigos tachados. Reglamentan el examen de los testigos los artículos 363 y siguientes del mismo cuerpo legal, entre los que se encuentra el artículo 366, según el cual cada parte tendrá derecho para dirigir, por conducto del juez, las interrogaciones que estime conducentes a fin de establecer las causas de inhabilidad legal que puedan oponerse a los testigos, y a fin de que éstos rectifiquen, esclarezcan o precisen los hechos sobre los cuales se invoca su testimonio. Cuando estas interrogaciones van dirigidas al testigo que presenta el contendor, nos encontramos con lo que en la práctica se denomina contrainterrogatorio.

"Si según la ley las tachas opuestas por las partes no obstan al examen de los testigos tachados (la palabra "obstar" denota la idea de "impedir, estorbar o hacer contradicción o repugnancia") y el contrainterrogatorio forma parte, como hemos visto, del examen, admitir la doctrina impugnada importaría transgredir los preceptos legales ya indicados atribuyendo a la tacha la virtud de impedir o estorbar dicho examen en la forma deseada por el legislador".¹³⁸

176. OPORTUNIDAD PARA OPONERLA

- Las tachas deben deducirse antes que el testigo empiece a hacer las declaraciones, no importa que haya prestado juramen-

¹³⁷ C. Sup., Rev. XXVI-II-1°-672; XXVII-II-1°-777; C. de Temuco, Rev. XXX-II-2°-27; C. de Talca, C.T. 1922, 2°, s. 238, pág. 1039.

¹³⁸ Perreira, Hugo, en informe escrito que tuvo la amabilidad de evacuar a solicitud del autor de este apunte.

te (art. 373); deben fundarse en alguna de las inhabilidades mencionadas en los artículos 357 y 358, y con tal que se expresen con la claridad y especificación necesarias para que puedan ser fácilmente comprendidas.¹⁸⁹

La ley dispone que las tachas se opongan antes que declaren los testigos, pero no dice que ello se haga en la audiencia misma de prueba, ni en qué tiempo, de modo que pueden oponerse desde que la parte tiene conocimiento de la lista de testigos hasta la declaración de éstos, verbalmente en la audiencia o por escrito antes de ella.

b) Existe, no obstante, un caso en que la tacha puede oponerse posteriormente y es el contemplado en el artículo 372, inciso final, que establece que el tribunal puede en casos muy calificados admitir otros testigos distintos a los que figuran en la lista; en este evento, según lo dispone el artículo 373, pueden oponerse las tachas dentro de los tres días subsiguientes al examen de los testigos.

c) Cuando se tacha a un testigo, debe indicarse la causal que se invoca y que no puede ser otra que alguna de las inhabilidades consignadas en los artículos 357 y 358; además, deben precisarse claramente los hechos en que se funda (art. 373, inc. 2º).

d) La parte afectada por la tacha tiene el derecho de retirar el testigo tachado y de reemplazarlo por otro cuyo nombre aparezca en la lista acompañada al tribunal (art. 374).

e) Las tachas opuestas por las partes no obstan al examen de los testigos tachados. Sin embargo, el tribunal puede repeler de oficio a los que notoriamente aparezcan comprendidos en alguno de los casos de inhabilidades absolutas comprendidas en el artículo 357 (art. 375, inc. 1º). La apelación que se interponga en este caso sólo será concedida en el efecto devolutivo (art. 375, inc. 2º), norma que en la actualidad carece de mayor significación en atención a la regla general establecida en el N° 2º del artículo 194).

¹⁸⁹ C. de Temuco, Rev. XXXI-II-2º-27.

177. PRUEBA SOBRE TACHAS

a) Dispone el artículo 376: "Cuando el tribunal lo estime necesario para resolver el juicio, recibirá las tachas a prueba, la cual se rendirá dentro del término concedido para la cuestión principal. Pero si éste está vencido o lo que de él reste no sea suficiente, se ampliará para el solo efecto de rendir la prueba de tachas hasta completar diez días, pudiendo además solicitar se el aumento extraordinario que concede el artículo 329 en los casos a que él se refiere".

La recepción a prueba de las tachas es optativa del tribunal, y en los casos que el interesado lo estime indispensable, debe reclamar si no se recibieron a prueba por medio de los recursos que la ley le franquea.¹⁴⁰

b) La resolución que ordena recibir prueba sobre las tachas opuestas es inapelable (art. 379, inc. 1º).

c) Son aplicables a la prueba de tachas las disposiciones que reglamentan la prueba de la cuestión principal (art. 377); por consiguiente, para probar las tachas están permitidos todos los medios, incluso la prueba testimonial.

178. APRECIACION DE TACHAS

a) El tribunal debe pronunciarse sobre las tachas en la sentencia definitiva, haciendo consideraciones especiales sobre ellas (art. 379, inc. 2º).

La decisión del juez que resuelve las tachas opuestas a los testigos presentados, no es parte integrante de la sentencia definitiva sino que es un pronunciamiento incidental y, por tanto, una sentencia interlocutoria, que no es de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, por lo que no procede el recurso de casación en el fondo (SCS, R.D.J. 1984, t. LXXXI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 64, C. 4º). En el mismo sentido SCS, R.D.J. 1983, t. LXXX, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 42, C. 13º.

¹⁴⁰ C. de Valdivia, Rev. XXXI-II-2ª-1.

b) La sentencia que, aunque se refiera en sus fundamentos a la tacha opuesta a un testigo, no contiene pronunciamiento al respecto, es nula, porque omite la decisión del asunto controvertido,¹⁴¹ también lo es por la misma razón la sentencia que no se pronuncia sobre la tacha aceptándola o rechazándola, aunque no se haya recibido a prueba, porque la renuncia de la prueba no importa un desistimiento de la tacha, ya que ésta puede establecerse por medio probatorio que no haga necesaria la apertura de un término de prueba.¹⁴²

Si un testigo es tachado por diversas causales y se declara su inhabilidad por una de ellas, es innecesario que el tribunal se pronuncie sobre las demás;¹⁴³ y si la persona tachada como testigo no declara, no es testigo, y, por lo tanto, no es necesario resolver sobre la tacha.¹⁴⁴

c) La sentencia en cuanto resuelve sobre las inhabilidades de los testigos no es susceptible del recurso de casación en el fondo, por cuanto la oposición de tachas importa la formulación de un incidente del juicio y atendida su naturaleza y objeto, su resolución no le pone término ni hace imposible su continuación ni decide sobre las acciones y defensas hechas valer en la causa y debe por consiguiente rechazarse por esta causal (Cas. forma y fondo, 5.8.1975, R.D.J., tomo LXXII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 110).

179. TACHAS DE TACIAS

a) El artículo 378 dice: "No se admitirá prueba de testigos para inhabilitar a los que hayan declarado sobre las tachas deducidas. Lo cual no obsta para que el tribunal acepte otros medios probatorios, sin abrir término especial, y tome en cuenta las incapacidades que contra los mismos testigos aparezcan en el proceso".

O sea, lo que esta disposición establece en esencia es que se pueden tachar los testigos que declaran sobre los hechos en

¹⁴¹ C. de Santiago, Rev. XXIX-II-2º-91.

¹⁴² C. de Santiago, Rev. V-II-2º-93.

¹⁴³ C. Sup., Rev. XXIX-II-1º-542.

¹⁴⁴ C. Sup., Rev. XXXII-II-1º-4.

que se funda la tacha; pero para probar aquella tacha no se admite prueba testimonial.

6º Valor probatorio de la prueba testimonial

180. GENERALIDADES

a) En general son dos los sistemas de valoración seguidos por las legislaciones en cuanto al valor probatorio de la testimonial. Uno de ellos es el sistema de las pruebas legales, de acuerdo con el cual se establecen las reglas a las que debe ceñirse el tribunal para darle valor a la prueba;¹⁴⁵ y el otro, que no contiene ninguna disposición referente a la apreciación de la prueba testimonial, limitándose a excluir ciertos testigos (inhabilidades) y a exigir la motivación de la sentencia, de modo que deja al tribunal la apreciación de la testimonial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

Nuestra legislación procesal adoptó el primer sistema al estatuir los artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil.¹⁴⁸ Pero la tendencia moderna sigue las reglas de la sana crítica en cuanto a la valoración de la prueba de testigos.¹⁴⁹

b) El principio consagrado por la ley referente al valor probatorio de la prueba testimonial es que las declaraciones de los testigos deben ser pesadas y no contadas; vale decir, el tribunal para dar o no por establecido un hecho no debe tomar en cuenta el número o la cantidad de los testigos, sino la calidad de ellos. Este principio resulta del artículo 384, Nº 3º.

¹⁴⁵ Vid. supra Nº 107 y 108.

¹⁴⁶ Vid. supra Nº 109, letra c).

¹⁴⁷ ALSINA, ob. cit., tomo II, págs. 476 y siguientes.

¹⁴⁸ Esas disposiciones siguen de cerca a las reglas de las Leyes de Partidas (Leyes Nº 32 y 40, Título 16, Partida 3ª y Ley Nº 17, Título 18, Partida 4ª).

¹⁴⁹ Así, p. ej., el Código de Procedimiento Civil italiano del año 1910, Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1886, Código de Procedimiento Civil francés, Código de Procedimiento Civil argentino.

181. DISTINCION

- a) Para estudiar la valoración de la prueba testimonial precisa distinguir entre las declaraciones prestadas por testigos de oídas y las de testigos presenciales.
- b) Ya hemos estudiado quiénes son testigos presenciales y quiénes de oídas; por lo tanto, nos remitimos a lo ya dicho.¹⁵⁰

182. DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS DE OIDAS

- a) Las declaraciones de estos testigos tienen mucho menor valor probatorio que las de los presenciales; ya que no hacen plena prueba, sino que constituyen base de una presunción judicial (art. 383, inc. 1º). El artículo 383 del Código de Procedimiento Civil estableció una norma precisa para evaluar en derecho los testimonios de oídas, estimándolos como base de una presunción judicial. (Cas. oficio, 1.8.1975, R.D.J., tomo LXXII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 105).

Para que el juez pueda darles ese valor es necesario que las palabras oídas se refieran directamente a aseverar los hechos que se trata de probar,¹⁵¹ y, además, es esencial que individualicen a las personas que los han ilustrado sobre los hechos que no percibieron con sus propios sentidos, a objeto de que el juez conozca el origen de tales especies y esté en situación de valorarlas.¹⁵²

- b) Si el testimonio de oídas se refiere a lo que el testigo oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de ese modo se explica o esclarece el hecho de que se trata, él es válido (art. 383, inc. 2º); pues ese testimonio es la comprobación de una confesión extrajudicial, que sirve de base a una presunción judicial, la cual, unida a otros antecedentes, constituye plena prueba.¹⁵³ Y aún más, puede constituir una presunción grave (y por consi-

¹⁵⁰ Vid. supra Nº 151.

¹⁵¹ C. Sup., G.T. 1921, 2º, s. 63, pág. 256.

¹⁵² C. de Talca, Rev. XLII-2º-54.

¹⁵³ C. de Santiago, Rev. XIII-II-2º-21.

guiente plena prueba) si los testigos de oídas declaran que lo oyeron de una parte estando la otra presente (art. 426, inc. 2º).¹⁵⁴

183. DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS PRESENCIALES

- a) El artículo 384 establece las reglas a las cuales debe coadunarse el tribunal en la apreciación de la fuerza probatoria de los testigos presenciales. Las reglas que este artículo da son seis, las que examinaremos:

- b) *Primera regla:* "La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426".¹⁵⁵

Es decir, la declaración de un testigo imparcial y verídico puede llegar a constituir plena prueba, cuando a juicio del tribunal reúna los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.¹⁵⁶

"Si se tiene en cuenta que el art. 384, Nº 1 determina que la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio debe ser apreciado en conformidad al art. 426, y se considera que este artículo establece por su parte que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento, habrá de convenirse necesariamente que no hay transgresión alguna cuando los jueces de la instancia asignan mérito de prueba plena a una presunción constituida por la declaración de un testigo, si en uso de las facultades privativas que se les acuerda, conciben que ella está revestida de caracteres de gravedad y precisión tales que bastan para formar su propia convicción; y esta apreciación, por más que envuelva una sobreestimación de los caracteres de que está dotada la presunción, no es susceptible de ser revisada por esta Corte de Casación, puesto que la ley libra por entero a los jueces del fondo la facultad de hacer la evaluación de ese

¹⁵⁴ Vid. infra Nº 208, letra c).

¹⁵⁵ Vid. infra Nº 245, letra c).

¹⁵⁶ C. de Concepción, G.T. 1942, 1º, s. 77, pág. 374.

mérito probatorio" (Cas. fondo, 12.9.1977, R.D.J., tomo LXIV, 2ª parte, sec. 4ª, págs. 291 y 292).

c) *Segunda regla*: "La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, lealmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario".

Esta disposición, por su letra (nótese que emplea la forma verbal "podrá"), su espíritu y su historia, contiene una autorización facultativa que no regla de un modo indefectible el criterio del tribunal.¹⁵⁷ No significa que las declaraciones de dos o más testigos que reúnan las condiciones que ella indica van a constituir necesariamente plena prueba.

Los requisitos que exige la ley para que las declaraciones de dos o más testigos puedan constituir plena prueba son:

- 1º Que los testigos estén contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales;¹⁵⁸
- 2º Que no tengan tacha, o sea, alguna de las inhabilidades establecidas en los artículos 357 y 358;¹⁵⁹
- 3º Que sean legalmente examinados y den razón de sus dichos;¹⁶⁰ y
- 4º Que sus declaraciones no hayan sido desvirtuadas por otra prueba en contrario.

"Del número segundo del artículo 384 se desprende que es una facultad de los jueces sentenciadores el dar o no valor de plena prueba a la declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos. Si los jueces del fondo dan o no valor a tales declaraciones es una cuestión de hecho cuya apreciación les corresponde privativamente y que, por tal motivo, escapa al control del Tribunal de Derecho, como lo ha resuelto reiteradamente esta Corte" (Cas. fondo, 25.11.1974, R.D.J., tomo LXXI, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 163). "De

¹⁵⁷ C. Sup., G.T. 1921, 2ª, s. 52, pág. 207.

¹⁵⁸ Vid. supra Nº 151.

¹⁵⁹ Vid. supra Nºs 173 y 174.

¹⁶⁰ Vid. supra Nº 167, letra d).

la historia fidedigna del establecimiento del artículo 384 aparece que, como se dejó expresa constancia en las actas de la Comisión a petición de los señores Ballesteros y Vergara, los Tribunales tenían amplia libertad para apreciar el mérito probatorio de las declaraciones de los testigos, de tal manera que quedaban facultades para desestimar, no sólo el dicho de uno, sino que cualquier número de testigos, cuando, en su concepto, no fuere digno de fe su testimonio, y a ese predicamento obedeció el remplazo de la palabra "hará" por la frase "podrá constituir" (Cas. fondo, 29.11.1976, R.D.J., tomo LXXIII, 2ª parte, sec. 4ª, pág. 249).

La jurisprudencia ha establecido que desvirtúa la prueba testimonial la certificación en contrario de un ministro de fe,¹⁶¹ o si existen declaraciones contradictorias de testigos,¹⁶² o si habiendo prueba documental ella es contradictoria con las declaraciones de los testigos.¹⁶³

d) *Tercera regla*: "Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso".

Esto significa que la prueba de testigos debe pesarse y no contarse.

Queda al recto criterio del tribunal graduar y calificar las condiciones de ciencia, imparcialidad y veracidad de unos y otros testigos y hacer conforme a ello y al número de las declaraciones, cuando fuere del caso, la correspondiente estimación de la prueba testimonial rendida, para el efecto de tener o no por comprobados los hechos controvertidos.¹⁶⁴ Pero existiendo otros antecedentes en el proceso, debe darse mayor valor a las declaraciones de los testigos que estén más conformes con ellos.¹⁶⁵

¹⁶¹ C. Sup., Rev. XX-II-1ª-245.

¹⁶² C. Sup., Rev. XIX-II-1ª-378.

¹⁶³ C. Sup., Rev. XIX-II-1ª-329.

¹⁶⁴ C. Sup., Rev. XXX-II-1ª-356; LXXV-II-1ª-102.

¹⁶⁵ C. de Valparaíso, Rev. VII-II-1ª-3.

e) *Cuarta regla*: "Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número".

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

g) *Sexta regla*: "Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes".

h) Para terminar con el valor probatorio de las declaraciones de los testigos presenciales diremos que es facultad privativa de los jueces del fondo apreciar si los testigos están o no contestes en el hecho y circunstancias esenciales y si dan razón satisfactoria de sus dichos para que pueda constituir plena prueba.¹⁶⁶

No son susceptibles de ser revisadas por el recurso de casación en el fondo las normas que facultan a los jueces para hacer una valoración comparativa o estimativa de las probanzas rendidas en el juicio y que no contradigan las normas calificativas o rectoras contenidas en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, que confieren a los jueces la autorización privativa de apreciar la prueba testifical que rindan las partes en los pleitos, y aun cuando esa apreciación pudiera ser equivocada, no puede generar una infracción de las leyes reguladoras de la prueba (SCS, R.D.J. 1983, t. LXXX, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 105, C. 7º; también en SCS, R.D.J. 1991, t. LXXXVIII, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 14, C.17º; SCS 20/09/2000, Rol N° 4562-99, C. 3º y 4º).

El análisis que hacen los jueces de la instancia respecto del contenido y alcance de las declaraciones prestadas por los testigos y la calidad e idoneidad que aquéllos les atribuyeron, como la valoración del dictamen de los peritos, son materias que dependen especialmente del criterio de los sentenciadores y quedan por tanto bajo su propia y exclusiva potestad, no siendo

¹⁶⁶ C. Sup., Rev. XLII-II-1ª-195.

reclamable por la vía del recurso de casación en el fondo (SCS, R.D.J. 1983, t. LXXX, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 42, C. 8º). En el mismo sentido, SCS, R.D.J. 1984, t. LXXXI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 142, C. 16º; SCS, R.D.J. 1993, t. XC, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 35, C. 15º; SCS, R.D.J., t. LXXXVI, sec. 1ª, pág. 44, y t. LXXXVII, sec. 1ª, pág. 16).

184. CUANDO APRECIA EL TRIBUNAL EL VALOR PROBATORIO DE LA TESTIMONIAL

El tribunal debe apreciar la prueba testimonial rendida, y en general todas las pruebas aportadas al proceso, en la parte considerativa de la sentencia definitiva (art. 170, N° 4º, del C.P.C. y N°s 5º, 6º y 7º del auto acordado de 30 de septiembre de 1920 de la Excma. Corte Suprema, sobre la forma de las sentencias).

PRUEBA CONFESIONAL

de la parte o de juez directamente) mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos". Pero más que una definición, que debe señalar únicamente las características del concepto definido, es una enunciación de los caracteres y elementos de la confesión, que examinaremos más adelante.

Por eso, es más exacto decir que la confesión "es la declaración o reconocimiento que hace una persona de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas contra ella".

La confesión es el acto jurídico consistente en admitir como cierto, expresa o tácitamente, dentro o fuera del juicio, un hecho cuyas consecuencias de derecho son perjudiciales para aquel que formula la declaración (Couture).

1ª Generalidades

185. CONCEPTO

a) Al estudiar la prueba testimonial dijimos que el testimonio en juicio puede emanar de las partes o de un tercero. Si emana de un tercero, estamos en presencia de la prueba testimonial; si es de la parte, ante la confesional. En ambos casos la prueba consiste en una declaración, pero en tanto que los testigos deponen sobre hechos ajenos, la parte que confiesa lo hace sobre hechos ejecutados por ella misma o de los cuales tiene conocimiento.

b) La confesión ocupa entre los medios de prueba un lugar preferente y ha sido considerada en todos los tiempos como la prueba más completa, suficiente por sí sola para dar por acreditados los hechos confesados por las partes.

c) Es un medio que se produce por lo general durante la secuela del juicio; sin embargo, la ley acepta la confesión extrajudicial.

La confesión en juicio tiene una importancia enorme, no sólo como medio de prueba, sino también como gestión preparatoria de la vía ejecutiva (art. 434, Nº 5º); si bien es cierto que las normas que las rigen son diferentes, no lo es menos que ambas instituciones —la confesión como medio probatorio y como medio para preparar la vía ejecutiva— descansan en idéntico fundamento.

d) Lessona define la confesión como "la declaración judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio

186. ADMISIBILIDAD DE LA CONFESION
COMO MEDIO PROBATORIO

a) Nuestra legislación no ha sido clara ni precisa al tratar esta materia; sin embargo, se puede sostener que la regla general al respecto está establecida en los artículos 385 del Código de Procedimiento Civil y 1713 del Código Civil, de los que resulta que la confesión se admite en todos los casos, salvo aquellos de excepción que veremos.

b) Los casos de excepción en los cuales es inadmisibles la confesión como medio probatorio están señalados principalmente en el Código Civil. Ellos son:

1º La falta de instrumento público no puede suplirse con otra prueba (incluyéndose la prueba confesional) en los actos y contratos en que tales instrumentos son exigidos por vía de solemnidad (arts. 1701 y 1713 del C.C.);

2º No se admite la confesión judicial para probar una causal de divorcio, porque de aceptarse sería admitir el divorcio por mutuo consentimiento;

3º Tampoco se admite en los juicios de nulidades de matrimonio, por la misma razón anteriormente indicada;

4º 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 del C.C.);

5º Ni la declaración de uno 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 suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento (art. 1739, inc. 2º del C.C.);

6º En la prelación de crédito la confesión del marido, del padre o madre de familia, o del tutor o curador fallidos, no hace prueba por sí sola contra los acreedores (art. 2485);

7º La confesión extrajudicial puramente verbal, por regla general no es admitida, sino concurriendo ciertas circunstancias (art. 398 del C.P.C.).

2º Elementos de la confesión

187. PRINCIPIO GENERAL

Para que la confesión judicial tenga valor necesita la concurrencia de tres elementos o requisitos: 1º el confesante debe ser capaz; 2º la confesión debe recaer sobre un objeto, y 3º debe ser prestada voluntariamente.

Estudiaremos cada uno de estos elementos.

188. CAPACIDAD

a) Nuestra ley no fija en forma expresa la capacidad requerida por el confesante para que su confesión tenga valor jurídico; y al efecto es preciso remitirse a los principios generales que informan esta materia.

En primer término, es indudable que sólo puede prestarla quien tiene capacidad para actuar personalmente en juicio; en caso contrario, les corresponderá hacerlo a sus representantes legales, pero dentro de los límites de sus facultades.

En segundo lugar, la capacidad procesal no es otra cosa que la capacidad de obrar legislada por los Códigos sustantivos, o

sea, la capacidad para contratar, para obligarse. Por consiguiente, sólo puede confesar válidamente en juicio quien tiene capacidad para obligarse.

b) La regla general es que toda persona es legalmente capaz (art. 1446 del C.C.); en consecuencia, quien le niegue valor a la confesión deberá probar que el que la prestó es un incapaz.

Examinaremos en seguida el valor de la confesión prestada por incapaces:

c) *Absolutamente incapaces*. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (art. 1447, inc. 1º del C.C.).

Estas personas no tienen capacidad ni para comparecer personalmente en juicio, ni para obligarse. Su confesión no produce, pues, ninguna consecuencia jurídica. Deben hacerlo por medio de sus representantes legales.

d) *Incapaces relativos*. Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta, sino que relativa, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes (art. 1447 inc. 2º del C.C.). Debemos recordar que por la Ley Nº 18.802, de 9 de junio de 1992, se eliminó de la enumeración de relativamente incapaces que contenía ese precepto a la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal.

e) *Menores adultos*. Son el varón mayor de 14 años y la mujer mayor de 12, pero que no han cumplido 18.

Son representados o autorizados en juicio por su padre, madre o adoptante, en su caso, quienes en ejercicio de la patria potestad administran sus bienes,¹⁶⁷ con las limitaciones señaladas en los artículos 255, 256 y 1326 del Código Civil. Pueden, entonces, confesar sobre los hechos de su administración siempre que no violen las limitaciones indicadas.

Cuando el menor adulto no está sujeto a patria potestad es representado o autorizado por un curador general; será éste, por consiguiente, quien deberá prestar la confesión, con las limitaciones legales.

¹⁶⁷ Vid. arts. 1447, 1682 y 43 del C.C. y 15 de la Ley Nº 7.613, de 21 de octubre de 1943.

Si el menor es comerciante o tiene la administración y goce de su peculio profesional o industrial puede actuar en juicio sin que lo representen o autoricen y prestar confesión en él; y ésta producirá efectos en su contra, pero nunca más allá de lo que la ley le permite disponer de sus bienes.

f) *Los disipadores que se hallan en interdicción de administrar lo suyo.* Son relativamente incapaces (art. 1447, inc. 3º del C.C.). Por lo tanto, no tienen capacidad para comparecer personalmente en juicio y, lógicamente, no pueden prestar confesión válida en él. Su curador será quien administre sus bienes y los represente judicialmente; él será quien preste la confesión.

g) *Fallido.* Declarada la quiebra, se produce el desasimiento de los bienes comprendidos en ella, perdiendo el fallido su administración, que pasa al síndico. Este también, desde ese momento, pasa a representar judicialmente al fallido. En consecuencia, el síndico será quien deberá confesar en juicio, pero sólo respecto de los bienes comprendidos en la masa. Se produce, pues, una especie de inhabilidad, mas no incapacidad del fallido (art. 64, Ley de Quiebras).

En lo que se refiere a los bienes adquiridos con posterioridad a la declaratoria de quiebra a título oneroso y que no entran a la masa, y a los anteriores a ella, pero que son inembargables —que tampoco entran a la masa—, el fallido es perfectamente hábil, pudiendo actuar por sí solo en juicio con respecto a ellos; puede, entonces, confesar válidamente en estos casos (art. 65, Ley de Quiebras).

h) *Representante de una persona jurídica.* El representante de una persona jurídica debe comparecer ante el tribunal a prestar confesión, sin que pueda excusarse de hacerlo. El juez apreciará si su declaración sobrepasa o no los límites de su capacidad y, por consiguiente, determinará su valor o ineficacia.

i) *Procurador.* ¿Las declaraciones que haga el procurador en juicio tienen o no el valor de una confesión?

Resuelven el problema los artículos 1713 del Código Civil y 7º, inciso 2º, y 396 del Código de Procedimiento Civil.

La disposición del Código Civil establece que la confesión que la parte haga por sí en el juicio, o por medio de su apoderado especial, producirá plena fe en contra de ella. La ley exige, pues, como requisito indispensable para que la declaración

del procurador produzca los efectos propios de una confesión, que tenga poder especial para confesar. Confirma esto el artículo 7º, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, que dispone que los mandatarios no pueden absolver posiciones si no están facultados especialmente para ello.

Sin embargo, el artículo 396 del mismo Código establece que se puede pedir la comparecencia del procurador para que declare sobre los hechos personales de él mismo en el juicio, aun cuando no tengan poder especial para absolver posiciones.

189. OBJETO

a) Para que la confesión judicial tenga valor debe recaer sobre un objeto que es otro de los elementos de ella, junto con la capacidad y la voluntariedad.

b) Al estudiar la prueba en general dijimos que ella debía recaer sobre hechos, y que excepcionalmente podía recaer sobre el derecho.¹⁸⁸ Igual principio debemos aplicar a la prueba confesional: el objeto de ella son los hechos, y sólo en casos muy especiales el derecho podrá ser materia de confesión.

c) El derecho puede ser materia de confesión cuando se trata de la aplicación de una ley extranjera o de la costumbre; o en los casos de interpretación de una cláusula contractual destinada a regir a las partes, lo que tiene bastante importancia, puesto que el artículo 1560 del Código Civil establece que en la interpretación de los contratos debe estarse más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras; o, por último, también hay prueba del derecho cuando se confiesa la interpretación que las partes entendieron dar a una disposición legal determinada.

d) Pero la regla general, como lo vimos, es que la confesión debe versar sobre hechos; y estos hechos deben ser personales del confesante, pues la confesión no es otra cosa que el testimonio en juicio que emana de la parte.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Vid. supra Nros 69, 70, 71 y 72.

¹⁸⁹ Vid. supra Nro 185.

Esos hechos deben reunir los siguientes requisitos: 1º ser controvertidos u objeto de controversia; 2º desfavorables al confesante, o sea, los hechos que confiesa la parte deben perjudicarla, pues si le beneficiarían no hay confesión; 3º verosímiles, es decir, que los hechos estén comprendidos dentro de las posibilidades físicas, y 4º lícitos, lo que quiere decir que no sean contrarios a las leyes, a las buenas costumbres o al orden público.

e) La confesión puede también referirse a hechos ajenos al confesante, pero en tal caso ello no versará sobre los hechos mismos, sino sobre el conocimiento que el confesante tenga de esos hechos.

190. VOLUNTAD

El tercer elemento de la confesión es que ésta sea prestada voluntariamente, con *animus confitendi*, es decir, con la conciencia, con el conocimiento cabal de que mediante la confesión se suministra una prueba al contrario.

Por esa razón, la confesión carece de valor si ha sido prestada con fuerza o hubo error en cuanto al objeto de ella.

3º Clasificación de la confesión

191. CONCEPTO

Atendiendo a los diversos aspectos que la confesión ofrece, ella puede clasificarse: 1º en judicial o extrajudicial, en atención al lugar donde se realiza; 2º en espontánea o provocada, atendiendo a su origen; 3º en expresa o tácita, por el modo de efectuarse; 4º en verbal o escrita, por su forma; 5º en simple, calificada o compleja, por su contenido, y 6º en divisible o indivisible, por los efectos que produce.

Estas clases de confesión pueden también agruparse atendiendo a dos grandes puntos de vista: A) a la manera de prestar la confesión, y B) al contenido y efectos que produce.

A) Atendiendo a la manera de prestar la confesión, ésta puede ser judicial y extrajudicial.

La judicial se clasifica a su vez en: voluntaria o espontánea y provocada; esta última puede ser expresa o tácita.

La extrajudicial, por su forma, puede ser verbal o escrita.

B) Según el contenido y efectos de la confesión, es: pura y simple, compleja y calificada; y según se trate de una u otra, es divisible o indivisible.

192. JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL

a) La confesión judicial es la que se presta en el juicio en que se invoca, como medio probatorio.

b) La confesión extrajudicial, como su nombre lo indica, es la que se produce fuera del juicio en que se invoca.

193. ESPONTANEA O PROVOCADA

a) La confesión es espontánea o voluntaria cuando se presta sin requerimiento del juez o de la parte contraria; o sea, aquella que producen las partes por propia iniciativa en sus presentaciones escritas o exposiciones verbales que hacen al tribunal. Puede ser prestada en cualquier estado del juicio y no está sujeta a formalidad alguna.

b) La confesión provocada es la que se produce mediante interrogatorio y bajo juramento a pedido de la parte contraria o por disposición del juez.

Ella se produce en virtud de un mecanismo establecido por el Código de Procedimiento Civil, llamado "absolución de posiciones".

194. EXPRESA O TACITA

a) Se dice que la confesión es expresa cuando se presta en términos formales y explícitos; cuando se presta en forma categórica que no deja lugar a dudas sobre la intención del confesante, como cuando el absolvente contesta en forma afirmativa, en la absolución de posiciones, a una pregunta redactada en forma asertiva.

- b) Es tácita (*facta confessio*) en los casos que la ley autoriza al juez a tener por confesado un hecho, no obstante no existir un reconocimiento expreso, concurriendo las circunstancias que la misma ley determina.

195. VERBAL O ESCRITA

La confesión verbal es la que se hace de palabra, ante testigos, y la escrita, la que se hace mediante un instrumento.

196. SIMPLE, CALIFICADA Y COMPLEJA

- a) La confesión pura y simple es aquella que reconoce el hecho discutido sin modificación o agregación alguna: "cuando se reconoce un hecho sin agregarle ninguna circunstancia que restrinja o modifique sus efectos",¹⁷⁰ como por ejemplo si el demandado reconoce haber recibido en mutuo la cantidad de diez mil pesos.

b) Es calificada cuando el confesante reconoce el hecho afirmado por la parte contraria, pero con ciertas modalidades que alteran la naturaleza jurídica del hecho confesado; "cuando el confesante reconoce el hecho, pero atribuyéndole una distinta significación jurídica que restringe o modifica sus efectos",¹⁷¹ como en el ejemplo propuesto, si se reconoce haber recibido los diez mil pesos, pero no en calidad de mutuo, sino de donación.

c) Es compleja cuando se reconoce lo afirmado por la parte contraria, pero agregándole un hecho distinto, que destruye en todo o parte los efectos del hecho confesado. Así, en el mismo ejemplo, si se reconoce haber recibido los diez mil pesos en calidad de mutuo, pero agregándose que se canceló la obligación posteriormente.

La confesión se considera siempre compleja cuando se agrega un hecho que impide, modifica o extingue un derecho, o sea, cuando se invoca una excepción.

¹⁷⁰ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 240.

¹⁷¹ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 241.

La confesión compleja presenta dos aspectos: el primero, si el hecho que se agrega supone necesariamente la existencia del hecho confesado, como por ejemplo "debo, pero pagué"; y el segundo, cuando la confesión supone dos hechos que pueden estar totalmente desligados entre sí; verbigracia, "debo, pero la deuda se compensó".

197. DIVISIBLE O INDIVISIBLE

La confesión es divisible si pueden separarse de ella las circunstancias desfavorables para el confesante de las que le son favorables. Tanto la confesión pura y simple como la calificada son por naturaleza indivisibles; la primera, por cuanto no contiene ningún elemento que modifique el hecho confesado o restrinja sus efectos; y la calificada, porque está condicionada por una circunstancia vinculada al hecho confesado. En cambio, la compleja puede dividirse, porque el confesante agrega un hecho nuevo que no altera la naturaleza jurídica del hecho confesado.¹⁷²

Es ésta una materia de enorme importancia que trataremos con mayor detalle más adelante.¹⁷³

4º Confesión judicial

198. CONCEPTO

a) Según lo dijimos, la confesión judicial es la que se presta en juicio en que se invoca, como medio probatorio. Puede ser espontánea o provocada.^{173,174}

b) La confesión judicial provocada se produce mediante un mecanismo establecido por el Código de Procedimiento Civil, llamado "absolución de posiciones", artículos 385 y siguientes.

La absolución de posiciones es, entonces, la confesión provocada en juicio mediante interrogatorio y bajo juramento a

¹⁷² Vid. infra. Nº 211.

¹⁷³ Vid. supra Nº 193.

¹⁷⁴ C. Sup., Rev. XXXIX-II-1-323.

pedido de la parte contraria o por disposición del juez. El Código de Procedimiento Civil se refiere a ella en el inciso 1º del artículo 385 en los siguientes términos: "Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, cuando lo exija el contendidor o lo decrete el tribunal en conformidad al artículo 159".

c) Estudiaremos la absolución de posiciones.

199. OPORTUNIDAD EN QUE PUEDE PROPONERSE

a) La absolución de posiciones puede proponerse contestada que sea la demanda (art. 385, inc. 1º); o sea, puede solicitarse aun antes de que la causa sea recibida a prueba.

b) En primera instancia, las partes pueden solicitar la confesión judicial provocada sólo hasta antes del vencimiento del término probatorio, ya que, según lo dispuesto en el artículo 327, las partes "dentro de él deberán solicitar toda diligencia de prueba que no hubieren pedido con anterioridad a su iniciación". Por otro lado, el inciso 2º del artículo 385 establece que "esta diligencia se podrá solicitar en cualquier estado del juicio y sin suspender por ella el procedimiento, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda". Sin embargo, si la absolución de posiciones se produce a iniciativa del juez, como medida para mejor resolver, ella puede hacerse aun cuando las partes estén citadas para oír sentencia (arts. 159, Nº 2º, y 433, inc. 2º).

c) Si bien es cierto que el artículo 385 establece que solamente pueden pedirse posiciones después de contestada la demanda, ello no obsta a que se soliciten tratándose de un incidente previo o de incontestación —como el que se produce al oponerse excepciones dilatorias o las perentorias de cosa juzgada, transacción e inadmisibilidad tramitándose como dilatorias—, pero siempre que sólo se refieran a hechos alegados en ese incidente y no al negocio principal, porque la confesión es

un medio de prueba que también las partes pueden hacer valer en los incidentes.¹⁷⁶

d) Por otra parte, el artículo 273, Nº 1º, establece que el juicio ordinario podrá prepararse exigiendo el que pretende demandar que la persona contra quien se propone dirigir la demanda preste declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes, sin cuyo conocimiento, a juicio del tribunal, no pueda demandarse, lo que se obtiene mediante la absolución de posiciones.

e) La absolución de posiciones también procede, pero por una sola vez, en segunda instancia. No trataremos este aspecto de la cuestión, ya que no queda comprendido dentro del plan de estos apuntes.

f) La absolución de posiciones, de acuerdo con lo que dispone el inciso 2º del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, no suspende el procedimiento. Al dictarse sentencia, estando pendiente dicha diligencia, no se incurre en el vicio de casación en la forma del Nº 9 del artículo 768 del cuerpo legal referido, en relación con el Nº 3 del artículo 795 y el Nº 7º del artículo 800 del mismo (SCS, R.D.J. 1980, t. LXXVII, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 158, C. 3º).

200. A INICIATIVA DE QUIEN SE PRODUCE

a) Dados los términos del artículo 385, tanto el demandante como el demandado pueden exigir a la parte contraria que absuelva posiciones.

Respecto a los terceros que intervienen en el pleito sabemos que éstos pueden ser coadyuvantes y excluyentes. Los primeros pueden solicitar posiciones únicamente a la parte contraria,¹⁷⁶ pero los excluyentes pueden pedir las a las dos partes, porque ambos son sus adversarios en la litis.

¹⁷⁶ C. de Talca, G.T. 1904, 2º, s. 1.126, pág. 81; C.T. 1920, 2º, s. 126, pág. 542.

¹⁷⁶ C. de Santiago, Rev. I-II-2ª-84.

- b) También pueden producirse las posiciones por iniciativa del juez, como una medida para mejor resolver (art. 159, N° 2°).

201. VECES QUE PUEDE PRODUCIRSE

Las partes sólo pueden solicitar la confesión hasta dos veces en primera instancia y una en segunda; pero si se alegan hechos nuevos durante el juicio, podrá exigirse una vez más (art. 385, inc. final). De lo que resulta, si hay hechos nuevos, que puede producirse la confesión hasta tres veces en primera instancia y dos en segunda.

Si no ha habido por parte del tribunal negativa para que se cumpliera el trámite de absolución de posiciones, sino que el propio interesado no gestionó la práctica de ella, la sentencia no ha podido incurrir en la causal de casación de haber faltado a trámites o diligencias esenciales para su pronunciamiento (Cas. forma, 17.4.1975, R.D.J., tomo LXXII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 37).

202. QUIENES DEBEN ABSOLVER POSICIONES

a) En primer lugar, están obligadas a absolver posiciones las partes, entendiéndose por tales también a los terceros, tanto coadyuvantes como excluyentes, porque en el proceso en que intervienen pasan a tener la calidad de parte.

b) Deben absolverlas, además, los representantes legales de ellas. Así, el menor de edad no puede ser llamado a absolverlas, sino su representante legal;¹⁷⁷ tratándose de sociedades, tanto civiles como comerciales, el gerente o administrador está obligado a concurrir a absolver posiciones, y tratándose de corporaciones o fundaciones con personalidad jurídica debe hacerlo su presidente (art. 8°).

c) Puede también concurrir el mandatario judicial debidamente autorizado con las facultades del inciso 2° del artículo 7°, y aun cuando no lo esté, puede ser llamado a confesar sobre hechos personales de él mismo en el proceso (art. 396).

Pero la parte que pone posiciones en juicio tiene el derecho de exigir que éstas sean absueltas por la parte contraria misma, aunque su apoderado tenga facultades suficientes para absolverlas y desear hacerlo.¹⁷⁸

d) El procurador de la parte que va a prestar la confesión está obligado a hacer comparecer a su mandante para absolver posiciones en el término razonable que el tribunal designe y bajo el apercibimiento indicado en el artículo 394; este apercibimiento consiste en multa y arrestos y, además, en dar por confesados los hechos en el caso de no comparecencia del mandante (art. 394, incs. 1° y 2°).

203. PROCEDIMIENTO

a) Se presenta un escrito al tribunal pidiendo la absolución de posiciones y acompañándose a él un pliego cerrado que contiene las posiciones o preguntas que deberá absolver el confesante. En la práctica, este pliego va en sobre cerrado, el que queda en poder del secretario del tribunal, quien deberá mantenerlo en reserva. El juez accede a la solicitud y señala día y hora para la comparecencia. Esta resolución debe notificarse por cédula, por cuanto se trata de la comparecencia personal de una parte (art. 48°).

b) *Posiciones.* Las posiciones pueden redactarse en forma asertiva o en forma interrogativa, pero siempre en términos claros y precisos, de manera que puedan ser entendidos sin dificultad (art. 386). Pueden referirse a hechos personales del confesante o al conocimiento que éste tenga de otros hechos que no sean personales; pero en todo caso deben referirse a hechos contradictorios.

c) Las posiciones deben absolverse ante el tribunal que está conociendo de la causa. Si el absolvente está fuera del territorio en que funciona el tribunal, su declaración debe ser tomada por el tribunal competente que corresponda, quien procederá en la forma ordinaria (art. 388, inc. final).

¹⁷⁷ C. de Santiago, Rev. XXV-II-2ª-52.

¹⁷⁸ C. de Tacna, Rev. VIII-II-2ª-74; C. de Concepción, G.T. 1907, 2ª, pág. 436.

d) La facultad de recibir las posiciones reside en el juez, quien puede delegarla en el secretario u otro ministro de fe. Pero siempre que una de las partes lo pida, debe el juez por sí mismo recibir las declaraciones (art. 388, incs. 1º y 2º).

e) *Obligación de concurrir.* La parte a quien se cita a confesar está obligada a concurrir a la audiencia, bajo apercibimiento que luego indicaremos.

Sin embargo, están exentas de comparecer ante el tribunal a prestar declaración las personas indicadas en el artículo 389, que son:

1º El Presidente de la República, los ministros de Estado, los senadores y diputados, los intendentes dentro de la región en que ejercen sus funciones; los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los fiscales judiciales de estos tribunales, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales, el arzobispo, los obispos, los vicarios generales, los provisoros y los vicarios y provicarios capitulares;

2º Los que por enfermedad o por cualquier otro impedimento calificado por el tribunal se hallen en imposibilidad de comparecer a la audiencia en que hayan de prestar la declaración; y

3º Las mujeres, en caso que el tribunal estime prudente eximir las de esta asistencia.

En estos casos de excepción el juez debe trasladarse a la casa de esas personas, con el objeto de recibir la declaración, o puede comisionar esa diligencia a su secretario. En los tribunales colegiados se comisiona para esta diligencia a uno de los ministros o al secretario.

Si estas personas exceptuadas de concurrir al tribunal se encuentran fuera del territorio jurisdiccional del tribunal ante el cual se sigue el juicio, se debe encargar la diligencia al juez competente de la residencia actual del litigante, quien la puede efectuar por sí mismo o encomendársela a su secretario.

Si la parte que ha solicitado la confesión pide que ella debe ser tomada por el juez, éste no puede excusarse de ello, encargándosela al secretario.

f) *Citación del absolvente.* La parte que quiera valerse de este medio probatorio deberá solicitar, por escrito, que la contraparte sea citada a una audiencia cuyo día y hora señalará el tribunal.

Si el litigante citado no comparece a esta primera audiencia, se le citará a otra próxima, a petición de parte, bajo el apercibimiento que se indica en el artículo 394.¹⁷⁹

204. DESARROLLO DE LA DILIGENCIA

a) Si el absolvente citado concurre a la primera citación, o no compareciendo a ésta se presenta a la segunda en el día y hora señalados, debe ser interrogado al tenor de las posiciones presentadas por su contendor.

La diligencia debe ser autorizada por un receptor, que actúa como ministro de fe (art. 395).

b) *Juramento.* Antes de ser interrogado el litigante, debe tomarsele juramento de decir la verdad al tenor siguiente: "¿Juráis por Dios decir la verdad acerca de lo que se os va a preguntar?", y debe responder: "Sí juro" (art. 390). Si no se presta el juramento, la diligencia es ineficaz y el citado que lo resiste es considerado rebelde.¹⁸⁰

c) Tomado el juramento, se abre el pliego de posiciones y se le formula al absolvente las preguntas en él consignadas.

El artículo 391 dispone al efecto: "La declaración deberá prestarse inmediatamente de palabra y en términos claros y precisos. Si el confesante es sordo o sordomudo, podrá escribir su confesión delante del tribunal o ministro de fe encargados de recibirla o, en su caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 382,^{180 bis} esto es, la declaración será recibida por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con él por medio de la lengua de señas, por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos.

"Si se trata de hechos personales, deberá prestarse afirmándolos o negándolos. Podrá, sin embargo, el tribunal admitir la excusa de olvido de los hechos, en casos calificados, cuando ella se funde en circunstancias verosímiles y notoriamente aceptables.

¹⁷⁹ Vid. infra Nº 205.

¹⁸⁰ C. de Concepción, G.T. 1904, 1º, s. 302, pág. 311.

^{180 bis} Modificado por el Nº 3 del artículo 2º de la Ley Nº 19.904, publicada en el Diario Oficial de 3 de octubre de 2003.

"En todo caso podrá el confesante añadir las circunstancias necesarias para la recta y cabal inteligencia de lo declarado".

La parte que pone las posiciones tiene el derecho de presentar las declaraciones de su contendidor y de hacer al tribunal las observaciones que estime convenientes para aclarar, explicar y ampliar las preguntas que han de dirigirsele (art. 392, inc. 1º).

"Puede también, antes que termine la diligencia y después de prestada la declaración, pedir que se repita si hay en las respuestas cada algún punto obscuro o dudoso que aclarar" (art. 392, inc. 2º).

d) La parte que es interrogada tiene el derecho de solicitar un plazo razonable para consultar sus documentos antes de responder a la pregunta que se le formula; y el tribunal lo concederá o no, siempre que haya fundamento plausible para pedirlo y lo considere indispensable, o consienta en ello el que solicita la confesión. La resolución del tribunal que conceda el plazo es inapelable (art. 394, inc. final).

e) Las declaraciones del absolvente deben consignarse por escrito, conservándose en cuanto sea posible las expresiones de que se haya valido, reducidas al menor número de palabras. Después de leídas en alta voz por el receptor que autoriza y ratificadas por el absolvente, serán firmadas por el juez o ministro de fe que intervenga en su lugar, el confesante, si sabe; y la otra parte si se halla presente y si también sabe, autorizándola el receptor, que servirá asimismo como actuario en las incidencias que ocurran durante la audiencia (arts. 395 y 370).

f) *¿Puede el abogado del absolvente presenciar la absolución de posiciones?* Es éste un punto que ha merecido dudas a nuestros tribunales y al respecto la jurisprudencia es contradictoria.

Existen fallos que estiman que el abogado del absolvente no tiene derecho a presenciar sus declaraciones, porque la absolución de posiciones es un acto exclusivamente personal;¹⁸¹ sin embargo, consideramos que la jurisprudencia que acepta que el abogado del absolvente puede concurrir a la audiencia es la que se ajusta a derecho, ya que, según el Código Orgánico de Tribunales, los abogados deben defender los intereses de las partes en juicio, y es precisamente en este momento —en la absolución de

¹⁸¹ C. de Santiago, Rev. I-II-2º-278; II-II-2º-94.

posiciones— cuando el abogado puede hacer efectiva su misión para evitar que se le formulen a su parte preguntas capciosas.¹⁸²

205. CONFESION TÁCITA

a) La confesión puede ser expresa y tácita,¹⁸³ siendo esta última aquella que autoriza la ley al juez para tener por confesado un hecho, no obstante no existir un reconocimiento expreso, concurriendo las circunstancias que la misma ley determina. Se refiere a ella el artículo 394, que examinaremos.

En los números anteriores hemos estudiado la confesión en el supuesto que el absolvente concurre a la primera o segunda citación, o sea, nos hemos referido a la confesión judicial expresa.

Veremos ahora qué situación se produce si el confesante no concurre a absolver posiciones.

b) Si el absolvente —ya lo dijimos— no comparece a la primera citación, debe solicitar la parte interesada, por escrito, que se fije nuevo día y hora para que comparezca el litigante a prestar su declaración. Esa resolución, dado lo dispuesto en el artículo 48, debe notificarse por cédula.

Si el litigante no concurre a esta segunda citación, se le dará por confeso, a petición del proponente, de todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el pliego de posiciones (art. 394, inc. 1º).

Otro tanto sucede en el caso de que el confesante, compareciendo, formule respuestas evasivas o se niegue a declarar (art. 394, inc. 1º).

Sin embargo, si el absolvente no contesta las preguntas que se le hacen por estimar que no vienen al caso, y la parte que pone las posiciones —presente al acto— no formula objeción alguna, ni pide que el juez se pronuncie al respecto, no puede tenérsele como tácitamente confeso.¹⁸⁴

c) Tiene, entonces, enorme importancia la forma asertiva o interrogativa en que se formulan las posiciones. En el caso que

¹⁸² C. de Concepción, G.T. 1905, s. 162; G.T. 1907, s. 628; C. de Valdivia, G.T. 1911, 2º, s. 703, pág. 1198; C. de Concepción, G.T. 1933, 2º, s. 111, pág. 390.

¹⁸³ Vid. supra Nº 194.

¹⁸⁴ G.T. 1919, 2º, s. 229, pág. 892.

estén formuladas en forma asertiva, como por ejemplo, "diga el absolvente cómo es efectivo que debe mil pesos", se le da por confeso si no concurre, o concurriendo da respuestas evasivas o se niega a declarar, porque se considera que cada posición constituye la afirmación de un hecho por parte del proponente. Pero, si las preguntas están formuladas en forma interrogativa, como en el ejemplo propuesto: "¿es cierto que me debe mil pesos?", es decir, si los hechos no se afirman categóricamente, no se dan por confesados; por cuanto el que solicita la confesión no afirma absolutamente nada y sabemos que toda posición afirmativa es una confesión del proponente.

Sin embargo, para el caso que las preguntas estén redactadas en forma interrogativa, en otras palabras, que no estén categóricamente afirmados los hechos y la parte que debe absolverlos no concurre, o concurriendo da respuestas evasivas o se niega a declarar, puede el tribunal imponer al litigante una multa que no baje de medio sueldo vital ni exceda de un sueldo vital, o arresto hasta por 30 días, sin perjuicio de exigirle la declaración; y lo que es más importante, si la otra parte lo solicita, puede también suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste (art. 394, inc. 2º).

d) La sola no concurrencia de la parte que debe confesar, o concurriendo se niega a declarar o da respuestas evasivas, no da por absueltas las posiciones redactadas en forma asertiva. Es preciso que la parte lo pida expresamente, para hacer efectivo el apercibimiento señalado en el inciso 1º del artículo 394, dándose por absueltos los hechos afirmados en el pliego. Desde el momento que el tribunal accede a esa solicitud, se entiende que hay confesión tácita.

5º Confesión extrajudicial

206. CONCEPTO

a) La confesión extrajudicial, como lo hemos dicho, es aquella que se presta fuera del juicio en que se invoca. Según el artículo 398, es aquella que se produce fuera del juicio ante otra persona, o ante juez incompetente o en juicio diverso al que litigan las partes.

b) La confesión extrajudicial requiere para su validez los mismos requisitos ya estudiados: capacidad en el confesante, debe recaer en un objeto y debe ser prestada voluntariamente.

c) Esta confesión puede ser verbal o escrita y en cada caso será necesario acreditarla en el juicio que se invoca como prueba testimonial o instrumental, respectivamente. Además, debe ser siempre expresa, porque sólo puede acreditarse en la forma establecida por la ley, como prueba testimonial o instrumental.

6º Valor probatorio de la confesión en juicio

207. DISTINCION

Para estudiar el valor probatorio que tiene la confesión en el proceso es indispensable distinguir entre la confesión judicial y la extrajudicial, por cuanto su eficacia probatoria es distinta según se trate de una u otra; pues la confesión extrajudicial está sometida a algunas restricciones.

La eficacia probatoria de la judicial está consignada en los artículos 399 y 400, y de la extrajudicial, en el artículo 398.

208. FUERZA PROBATORIA DE LA CONFESION EXTRAJUDICIAL

a) El artículo 398 establece: "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".

b) Según el artículo transcrito, la confesión extrajudicial no tiene un valor probatorio uniforme, ya que puede ser base de una presunción judicial, puede constituir una presunción judi-

cial y aun puede hacer plena prueba si las circunstancias lo permiten. Al efecto, es preciso distinguir entre: 1º confesión extrajudicial verbal; 2º confesión extrajudicial escrita, y 3º confesión extrajudicial prestada ante juez incompetente, pero que ejerce jurisdicción, o en otro juicio.

c) 1º *Confesión extrajudicial verbal*. Es necesario determinar si la confesión se ha prestado ante la parte interesada en presencia de terceros o solamente en presencia de estos últimos. En el segundo caso, únicamente constituye base de presunción judicial, y sólo para el caso que sería admisible la prueba de testigos;¹⁸⁵ si la confesión se presta en presencia de la parte que la invoca delante de terceros, "se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados", o sea, incluso puede llegar a constituir plena prueba si, a juicio del tribunal, reúne además los caracteres de precisión suficientes para formar su convencimiento (art. 426, inc. 2º).

d) 2º *Confesión extrajudicial escrita*. Tiene el valor de prueba instrumental.¹⁸⁶

e) 3º *Confesión extrajudicial prestada ante juez incompetente*, pero que ejerce jurisdicción, o en otro juicio. Constituye presunción grave para acreditar los hechos confesados, pudiendo aun estimarse como plena prueba si, a juicio del tribunal, reúne además los caracteres de precisión suficientes para formar su convencimiento (art. 426 inc. 2º). Y si la confesión se ha prestado en otro juicio, seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa o plena prueba, habiendo motivos poderosos para estimarlo así.

209. FUERZA PROBATORIA DE LA CONFESION JUDICIAL

a) Tanto la confesión espontánea como la provocada, la expresa como la tácita, producen en el proceso los mismos efectos probatorios, dado lo dispuesto en los artículos 399 y 400. Por lo tanto, lo que expondremos a continuación se refiere a todas ellas.

b) Para determinar el valor probatorio de la confesión judicial hay que distinguir según se trate de hechos personales del confesante o de hechos que no tienen tal carácter.

¹⁸⁵ Vid. supra N°s 153, 154, 155 y 182.

¹⁸⁶ Vid. supra N°s 127 y siguientes y 147 y siguientes.

c) *Confesión sobre hechos personales*. La confesión judicial -espontánea o provocada, expresa o tácita- prestada acerca de hechos personales del confesante, sea por sí, por apoderado especial o por representante legal, produce plena prueba en contra del que confiesa; salvo los casos en que la confesión no es admisible como medio probatorio (arts. 1713 del C.C. y 399 y 400 del C.P.C.).¹⁸⁷

Aun cuando la ley no hace diferencias entre la confesión prestada por la parte misma y por su representante legal, creemos que la confesión de este último no producirá consecuencias en contra de su representante si se excede de los límites de su representación. Este punto ya lo estudiamos al tratar los elementos de la confesión, por lo que nos remitimos a lo dicho en esa oportunidad.¹⁸⁸

El artículo 402, además, establece que no se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio.

d) Se ha presentado una cuestión: ¿qué fuerza probatoria tiene la confesión judicial frente a otras pruebas que la contradigan? Por ejemplo: "Primus confiesa en juicio, expresa o tácitamente, que debe diez mil pesos; pero agrega al proceso una escritura pública, de fecha anterior a la confesión, en la que consta que ha pagado esos diez mil pesos". En la especie existen dos plenas pruebas, ¿a cuál debe preferirse?

Existe jurisprudencia¹⁸⁹ en el sentido de que, dado lo dispuesto en el artículo 428, el tribunal puede optar por una u otra prueba y que sería perfectamente posible destruir los efectos de la confesión sobre hechos personales mediante prueba en contrario. La apreciación del mérito probatorio de la confesión es de la incumbencia de los jueces del fondo; y el aceptarse un hecho contrario al confesado, desconociéndose el valor de esa confesión, no constituye violación de los artículos 1713 del Código Civil ni 399 del Código de Procedimiento Civil, si los jueces, al ejercitar sus facultades de apreciar las probanzas,

¹⁸⁷ Vid. supra N°s 186.

¹⁸⁸ Vid. supra N°s 188.

¹⁸⁹ C. Sup., Rev. XXVI-II-1-512.

no han vulnerado norma alguna que obligue a preferir la confesión sobre otras pruebas que hayan servido de base para el fallo (SCS, R.D.J. 1980, t. LXXVII, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 114, C. 20º).

Pero estimamos que esa interpretación no se ajusta ni al texto de la ley ni a su historia fidedigna, ni a los principios históricos y filosóficos que informan el instituto de la confesión en juicio.

En efecto, según los artículos 1713 del Código Civil y 399 y 400 del Código de Procedimiento Civil, la confesión prestada en juicio hace plena prueba en contra de quien la realiza; es irrevocable, salvo el caso de que el confesante al prestarla haya padecido error de hecho y justifique esa circunstancia (art. 402, inc. 2º); y no se admite prueba de ninguna especie contra los hechos personales claramente manifestados por el confesante (art. 402, inc. 1º). De lo que resulta que el espíritu del legislador ha sido el de darle a la confesión el mayor valor probatorio.

Hay más. La confesión ocupa entre los medios de prueba un lugar preferente y ha sido considerada en todos los tiempos como la prueba más completa, suficiente por sí sola para dar por acreditado un hecho; porque nadie confiesa un hecho que va a producir en su contra consecuencias jurídicas más o menos graves, a menos que esté absolutamente convencido de que es efectivo.

Y, por último, en las Actas de la Comisión Revisora del Proyecto de 1893 quedó claramente establecido que la confesión en juicio era la prueba más importante.¹⁹⁰⁻¹⁹¹

c) *Confesión sobre hechos no personales.* También produce plena prueba (art. 399, inc. 2º); así, si es la única prueba que existe en el proceso, el juez puede condenar al confesante, de acuerdo con las reglas generales que informan la prueba; pero su valor probatorio puede ser destruido rindiéndose prueba en

¹⁹⁰ Sobre la cuestión planteada, ver trabajo de don Raúl Varela, publicado en Rev. XXVI-I-60, "Valor probatorio de la confesión judicial sobre hechos personales, frente a otras pruebas que la contradigan".

¹⁹¹ Existe jurisdicción en el sentido de que la confesión prestada sobre hechos personales del confesante no puede destruirse por otra prueba en contrario. Así, C. de Santiago, causa "Llona, Juan con Carmona, Blanca", sent. de 5 de diciembre de 1929.

contrario; incluso el tribunal puede, si lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, abrir un término especial para rendirla (art. 402, inc. final).

Por consiguiente, cuando la confesión versa sobre hechos no personales del confesante, puede destruirse su valor probatorio por cualquier otro medio.

7º Limitaciones al efecto legal que produce la confesión en juicio

210. CONCEPTO

El valor probatorio de la confesión judicial tiene ciertas limitaciones y que son, dentro de nuestro régimen procesal, la divisibilidad de la confesión y la retractación de la misma. Estudiaremos estos dos aspectos de la cuestión en los números siguientes.

211. DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION

a) La divisibilidad e indivisibilidad era un problema que representaba grandes dificultades en la práctica; pero que actualmente ha desaparecido gracias a la jurisprudencia de nuestros tribunales, especialmente de la Excma. Corte Suprema, que ha resuelto admirablemente la cuestión.

b) La indivisibilidad significa que sólo puede invocarse la declaración del contrario en su totalidad, es decir, "que el que exige la confesión no puede tomar de ella lo que le favorece y repudiar lo que le perjudica".¹⁹² Por el contrario, la confesión es divisible cuando puede invocarse como prueba el reconocimiento que en ella se hace respecto de un hecho, sin tomar en consideración las circunstancias que el confesante aduzca en su favor.¹⁹³

c) La regla general es que el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante (art. 401, inc. 1º), salvo

¹⁹² C. Sup., Rev. XXXVIII-II-1º-6.

¹⁹³ Vid. supra Nº 197.

los dos casos de excepción contemplados en el inciso 2º de ese artículo.

Esta disposición —el artículo 401— ha dado lugar a numerosas discusiones en cuanto a su interpretación, las que provienen, en gran parte, del significado poco feliz dado por don Leopoldo Urrutia a un ejemplo propuesto por el señor Richards, cuando se discutía en el seno de la Comisión Revisora el artículo 395 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, actual 401.¹⁹⁴ Sin embargo, gracias a la jurisprudencia, como lo hemos ya dicho, el verdadero sentido y alcance de esa disposición ha sido definitivamente señalado.

d) La doctrina clasifica la confesión, atendiendo a su divisibilidad e indivisibilidad, en pura y simple, calificada y compleja.¹⁹⁵

Nuestra jurisprudencia ha aceptado esta clasificación, estableciendo que es confesión pura y simple aquella en que se afirma o niega categóricamente un hecho; calificada, aquella que reconociendo la veracidad de un hecho controvertido, lo modifica en su naturaleza jurídica en virtud de atribuirle alguna circunstancia especial; y compleja, la que al reconocer un hecho material, le agrega uno o varios hechos diversos con los cuales se alteran las consecuencias jurídicas del primero. La confesión compleja puede ser de dos clases: de primera categoría, cuando el hecho o hechos agregados pueden existir independientes del primero, y de segunda categoría, cuando los nuevos hechos agregados están unidos al primero por ser éste antecedente de aquéllos. De las confesiones así clasificadas, son indivisibles las dos primeras (pura y simple y calificada) y la compleja de segunda categoría, caso en el cual puede aún dividirse el mérito de la confesión, según el artículo 401, inciso 2º, N° 2º, si se prueba la falsedad de los hechos agregados, que según el confesante alteran o modifican el hecho confesado.¹⁹⁶ La confesión compleja de primera categoría siempre puede dividirse (art. 401, inc. 2º, N° 1º).

¹⁹⁴ Ver Actas de la sesión 21, de fecha 19 de noviembre de 1901, de la Comisión Mixta de Diputados y Senadores encargada de informar el Proyecto de C.P.C.

¹⁹⁵ Vid. supra N° 196.

¹⁹⁶ C. Sup., Rev. XXXIX-II-1º-414; XXXVIII-II-1º-6.

e) De acuerdo con la clasificación hecha por la jurisprudencia, tanto la confesión simple como la calificada se reputan indivisibles. Pero si respecto de la primera no hay duda alguna, por cuanto el confesante se limita lisa y llanamente a reconocer el hecho invocado por su contrincante, sin agregarle ni quitarle absolutamente nada y por referirse ella a un solo hecho que no puede dividirse ni jurídica ni materialmente, no sucede lo mismo con la segunda, que requiere algunas explicaciones.

La parte que invoca la confesión calificada no puede aceptarla en lo que le sea favorable y rechazarla en lo adverso; deberá admitirla tal cual ha sido prestada, porque las circunstancias agregadas constituyen un solo todo, inseparable con el hecho afirmado; no se crea un hecho distinto, sino que se explica de qué modo ha sucedido el hecho. La confesión calificada no admite división y no queda, por consiguiente, comprendida en ninguno de los casos contemplados en el artículo 401.

Nuestra jurisprudencia ha aplicado correctamente la regla de la indivisibilidad de la confesión calificada en los casos siguientes: A) reconociendo el confesante que recibió por cuenta de la contraparte una suma de dinero, pero agregando que éste, a su vez, le debía una cantidad por intereses, tal confesión es calificada e indivisible;¹⁹⁷ B) es calificada y por consiguiente indivisible la declaración de una persona que reconoce haber recibido una suma de dinero, pero no en abono de la deuda que se le cobra, sino de otra obligación;¹⁹⁸ C) es calificada la declaración por la cual una parte confiesa haber retirado la mercadería de la bodega de la otra parte, porque era suya.¹⁹⁹

f) *Confesión compleja*. Como lo hemos dicho,²⁰⁰ la confesión compleja presenta dos aspectos: el primero, cuando el hecho o hechos agregados pueden existir independientemente del primero, o sea, los hechos pueden existir totalmente desligados entre sí (art. 401, inc. 2º, N° 1º); en el segundo, cuando el nuevo o los nuevos hechos agregados están unidos al primero por

¹⁹⁷ C. Sup., G.T. 1928, 2º, s. 60.

¹⁹⁸ C. Sup., Rev. XXXVIII-II-1º-6.

¹⁹⁹ C. de Temuco, G.T. 1922, 1º, s. 168, pág. 656.

²⁰⁰ Vid. supra N° 197 y 202, letra d).

ser éste antecedente de aquéllos, es decir, cuando el hecho que se agrega supone necesariamente la existencia del hecho confesado (art. 401, inc. 2ª N° 2º).

Solamente es divisible el primer aspecto de la confesión compleja. Así, si se reconoce la autenticidad de un recibo, sosteniéndose que no se ha recibido el dinero a que aquél se refiere, se trata de hechos diversos, siendo la confesión compleja de la primera especie, por lo que es divisible;²⁰¹ si el deudor reconoce la deuda, pero agregando que cree fundadamente que el acreedor le debe mayor cantidad, esta circunstancia no priva el reconocimiento de mérito ejecutivo, porque no existe relación entre el hecho confesado y el que el confesante agregó a su favor, y la confesión en este caso puede dividirse en perjuicio de este último,²⁰² y si el demandado reconoce que tiene en su poder unos animales que reclama el demandante, agregando que los adquirió por compra, tal confesión es divisible, por tratarse de hechos desligados entre sí.²⁰³

La confesión compleja de la segunda especie, o sea la que comprende hechos ligados entre sí o que se modifican los unos a los otros, por regla general no puede dividirse, a menos que el contendor justifique con algún medio legal de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado. Por ejemplo, son de esta especie: la confesión de un ejecutante que reconoce haber recibido dinero del ejecutado, pero agregando que lo recibió en pago de otra obligación que nada tiene que ver con la que cobra actualmente, en cuyo caso puede dividirse acreditándose la falsedad del hecho que trata del pago de la otra obligación;²⁰⁴ la confesión de que se debía cierta suma a otra persona, agregándose que actualmente se le debe otra inferior; por haberle hecho diversos abonos, ya que comprende dos hechos que se modifican entre sí, y no puede dividirse en perjuicio del confesante, sin que el contendor justifique, por algún medio legal de

prueba, la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado;²⁰⁵ y la confesión de la deuda y su pago, no pudiendo dividirse la confesión en perjuicio del confesante, si la contraparte no acredita la falsedad del pago.²⁰⁶

Es interesante anotar que el tribunal de casación no puede alterar la conclusión a que llegan los jueces de fondo en el sentido de que la confesión comprende diversos hechos desligados entre sí.²⁰⁷

212. RETRACTACION O REVOCACION DE LA CONFESION

a) La otra limitación al efecto legal que produce la confesión en juicio es la retractación o revocación de la misma.

El principio general es que la confesión es irrevocable vale decir; una vez prestada, el confesante no puede retractarse de ella. Esta premisa es la esencia misma de este medio probatorio; acepta ampliamente nuestra legislación en los artículos 1113, inciso 2º, del Código Civil y 402 del Código de Procedimiento Civil.

Establece la primera disposición citada: "No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho".

Dice el artículo 402: "No se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio."

"Podrá, sin embargo, admitirse prueba en este caso y aun abrirse un término especial para ella, si el tribunal lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, cuando el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia."

"Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también al caso en que los hechos confesados no sean personales del confesante".

²⁰¹ C. Sup., G.T. 1922, 2º, s. 47, pág. 232.

²⁰² C. de Temuco, G.T. 1922, 1º, s. 175, pág. 680.

²⁰³ C. de Concepción, G.T. 1932, 2º, s. 177, pág. 458.

²⁰⁴ C. Sup., Rev. XXXIX-II-1º-414.

²⁰⁵ C. de Valdivia, Rev. XXXII-II-2º-78.

²⁰⁶ C. de Concepción, G.T. 1921, 2º, s. 283, pág. 1148.

²⁰⁷ C. Sup., Rev. XXXVIII-II-1º-560.

LA INSPECCIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL

b) Se acepta, pues, la revocación o retractación de la confesión en dos casos especialísimos: 1º si el confesante alega, para revocar su confesión prestada sobre hechos personales, que ha padecido error de hecho y ofrece justificar esa circunstancia; y 2º si la confesión versa sobre hechos no personales del confesante, haya o no incurrido en error de hecho.

En cuanto al primer caso de excepción —la retractación de la confesión prestada sobre hechos personales del confesante por haber incurrido en error de hecho—, supone la existencia de dos elementos: uno objetivo, que consiste en la no existencia del hecho confesado o de la calidad que se le atribuye, y otro subjetivo, o sea la falsa opinión que el confesante tenía respecto del hecho mismo. De aquí que para obtener la revocación de la confesión no basta producir prueba sobre el elemento objetivo, sino que es necesaria la del elemento subjetivo, es decir, que el confesante tenía algún fundamento para estimar como exacto el hecho confesado. Para acreditar estas circunstancias se admite cualquier medio de prueba y aun puede abrirse un término especial de prueba para rendirla, si el tribunal lo estima menester y ha expirado el probatorio de la causa (art. 402, inc. 2º).

Con relación al segundo caso de excepción —la revocación de la confesión prestada sobre hechos no personales del confesante—, ella se puede dejar sin efecto haya o no incurrido el confesante en error de hecho. En este caso, la parte se puede valer de todos los medios probatorios, y aun el tribunal, si lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, puede abrir un término especial de prueba (art. 402, inc. 3º).

1º Generalidades

213. CONCEPITO

a) Los hechos que se discuten en el proceso pueden grabarse en la conciencia del juez en forma directa o indirecta, en forma inmediata o mediata. De ello resulta, pues, que en principio existen ciertos medios de prueba que tienen un carácter directo, por cuanto suponen un contacto inmediato del magistrado con los motivos de la prueba; y otros que tienen un carácter indirecto, ya que los hechos que se investigan los conoce a través de otros hechos.

b) La prueba directa consiste, por consiguiente, en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrán de ser demostrados en el juicio, y puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, o sea, la prueba directa por percepción del tribunal de los hechos u objetos en litigio, con el control de las partes, lo que constituye la comprobación o reconocimiento judicial, que el Código de Procedimiento Civil legisla bajo el nombre de "inspección personal del tribunal", artículos 403 y siguientes.

c) Se puede definir la inspección personal del tribunal como el examen que el juez hace por sí mismo de la cosa litigiosa, con el objeto de establecer la verdad o falsedad de los hechos discutidos en el pleito. Medio de prueba por percepción, consistente en que el magistrado examine, por sí mismo o acompa-

ñado de peritos, a las personas, cosas o situaciones de hecho que constituyen el objeto de la prueba en el juicio (Couture).

d) Técnicamente se ha sostenido por algunos que no es un medio de prueba, sino que en realidad se trata de la apreciación de una prueba, pues ella estará constituida o resultará de la cosa sobre la cual recaiga la inspección; la diligencia sólo servirá para ilustrar al juez, permitiéndole aclarar circunstancias que de otra manera no habrían podido ser valoradas con precisión.²⁰⁸

Según otros, negarle a la inspección el carácter de prueba conduce a identificar erróneamente la prueba con el acto de parte que la suministra al juez, lo cual conduce a decir que como en la inspección sólo aparece la actividad del juez, ya que las partes no le suministran ninguna prueba, no puede tener este carácter; pero si por prueba se entiende, como la mayoría de los autores, todo medio para la comprobación de hechos por el juez, esto es, para suministrarle razones o motivos de convencimiento sobre su existencia o inexistencia, resulta indiscutible que en la inspección judicial, y por lo tanto, en la percepción directa del hecho por el juez, existe una prueba.²⁰⁹

214. IMPORTANCIA

a) Este medio de prueba, por las razones que hemos consignado en el número anterior, tiene enorme importancia, ya que el tribunal con el conocimiento directo de los hechos se hallará en condiciones de fallar con plena conciencia.

b) Tiene especial importancia en algunos juicios posesorios—deslinde, medianería— y en los de distribución de aguas, en donde las cuestiones de hecho, que pueden ser observadas directamente, son de relevancia vital para la acertada resolución del asunto.

²⁰⁸ ALSINA, ob. cit., tomo II, págs. 490 y 491.

²⁰⁹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob. cit., tomo II, págs. 421 y 422.

215. OBJETO

a) El objeto sobre el cual puede recaer la inspección personal del tribunal puede referirse tanto a inmuebles, que es lo común, cuanto a muebles, puesto que el Código de Procedimiento Civil no distingue.

Así, tratándose de muebles, podrá practicarse esta diligencia para averiguar si en los libros llevados por un comerciante aparecen o no anotados determinados hechos, etc. La misma prueba del cotejo de letras²¹⁰ es en el fondo una inspección personal del tribunal, aun cuando el procedimiento es distinto.

b) No hay inconveniente alguno en que la inspección pueda extenderse a personas, en los mismos casos en que éstas pueden ser objeto de prueba, como en los procesos por interdicción a causa de demencia, etc.²¹¹

216. PROCEDENCIA

a) Nuestra legislación contempla dos situaciones en cuanto a la procedencia de la inspección personal del tribunal: 1º en ciertos procedimientos es obligatoria esta diligencia, y 2º en los demás sólo se decretará cuando el tribunal la estime necesaria.

b) Respecto a la procedencia obligatoria, el juez está obligado a practicar la inspección personal en los siguientes juicios: 1º en la querrela de denuncia de obra ruinosa (arts. 571 y siguientes), y 2º en los interdictos especiales (arts. 577 y siguientes).

c) En los demás procedimientos, el tribunal puede ordenar el reconocimiento judicial de oficio, como medida para mejor resolver (art. 159, Nª 3º), y a pedido de parte, pero concediéndose al juez la facultad de negarla si lo estima necesario (art. 403, inc. 1º). La resolución que concede o deniega la inspección es inapelable, ya que la ley entrega al juez la apreciación de la procedencia o improcedencia de este medio probatorio.

d) Cabe preguntarse: ¿en qué sanción se incurre cuando estando obligado el tribunal a decretar esta diligencia—en los

²¹⁰ Vid. supra Nªs 148 y 149.

²¹¹ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 492.

casos contemplados en la letra b) — ella se omite? La ley no ha establecido expresamente la sanción; pero ella resulta de la interpretación armónica de diversas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, y no es otra que la nulidad de la sentencia que se hace efectiva por medio del recurso de casación en la forma. En efecto, el artículo 768, N° 9°, señala como causal de casación en la forma, con el que se obtiene la nulidad de la sentencia, el haberse faltado a algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley, y el artículo 795, N° 4°, considera como trámite esencial la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión; por consiguiente, si se omite la diligencia de inspección personal en los casos que indicamos en la letra b), la sentencia que se dicte es casable, ya que se omite un trámite declarado esencial por la ley para esa clase de procedimiento, y de ello resulta indefensión.

217. QUIEN LA PUEDE ORDENAR

Indudablemente que puede ordenar esta diligencia el juez de primera instancia; mas no cabe duda que también puede ser dispuesta por el tribunal de apelación, pero como medida para mejor resolver, según fluye de los artículos 405, inciso 2° y 159, N° 3°. En este caso, siendo el tribunal colegiado, podrá comisionar la práctica de la inspección a uno o más de sus miembros (art. 405, inc. 2°).

En la actualidad, no procede que se dicte la inspección personal durante la tramitación del recurso de apelación en segunda instancia conforme a lo previsto en el nuevo inciso 1° del artículo 207.

218. DONDE SE PUEDE EFECTUAR

El tribunal no sólo puede efectuar esta diligencia dentro de su territorio jurisdiccional, sino aun fuera de él (art. 403, inc. 2°), lo que constituye una excepción a la regla de que los tribunales sólo pueden ejercer su potestad dentro del territorio que la ley les ha asignado (art. 7° del C.O.T.).

Pero no hay inconveniente alguno en que el tribunal encomiende a otro, mediante exhorto, la práctica de la inspección personal.

219. OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLA

Debe solicitarse dentro del término probatorio de acuerdo a lo establecido en el inciso 1° del artículo 327, e incluso creemos que puede ser pedida y decretada antes de la recepción de la causa a prueba, si se invocan razones de urgencia.

2° Procedimiento

220. DECRETO JUDICIAL

a) Cuando el juez decreta la inspección, sea a petición de parte, sea de oficio, como medida para mejor resolver, debe dárlo a conocer a las partes con la debida anticipación, a fin de que puedan concurrir las partes con sus abogados (art. 403, inc. 1°). En la misma resolución debe designar el día y la hora en que se efectuará la diligencia.

Esta resolución debe notificarse por cédula, dado lo dispuesto en el artículo 48.

b) Cuando son las partes quienes solicitan la diligencia, deben indicar precisamente el objeto de la inspección y señalar las circunstancias cuya constatación les interesa.

c) "La parte que haya solicitado la inspección depositará antes de proceder a ella, en manos del secretario del tribunal, la suma que éste estime necesaria para costear los gastos que se causen. Cuando la inspección sea decretada de oficio u ordenada por la ley, el depósito se hará por mitad entre demandantes y demandados" (art. 406).

En la práctica no se cumple con esta disposición, sino que la parte interesada habla previamente con el juez y de acuerdo con él se fijan día y hora para efectuar la diligencia, proporcionándose los medios necesarios de transporte.

221. DILIGENCIA

a) El día y hora señalados se efectúa la inspección, en presencia de las partes, sus apoderados, sus abogados y peritos (si la inspección se efectúa asesorados de peritos) que asistan. Si no asiste nadie, el tribunal procede a efectuarla solo (art. 405, inc. 1º).

b) Establece el artículo 407: "De la diligencia de inspección se levantará acta, en la cual se expresarán las circunstancias o hechos materiales que el tribunal observe, sin que puedan dichas observaciones reputarse como una opinión anticipada sobre los puntos que se debaten. Podrán también las partes pedir, durante la diligencia, que se consignen en el acta las circunstancias o hechos materiales que consideren pertinentes".

c) El acta debe levantarse en el lugar mismo de la inspección, o si se levanta después, debe ser puesta oportunamente en conocimiento de las partes, antes de citar para sentencia, para que hagan valer sus derechos.²¹²

222. CONCURRENCIA CON INFORME DE PERITOS

a) Hay veces que los hechos que debe observar el tribunal son de tal naturaleza que para su debida apreciación se requieren conocimientos especiales de alguna ciencia o arte. En este caso pueden nombrarse peritos (en la forma ordinaria, que veremos en el próximo capítulo), para que ilustren al juez y le orienten en la diligencia, siempre que este nombramiento sea necesario para el éxito de la inspección y haya sido solicitado por las partes con la debida anticipación (art. 404).

b) A la inspección personal no se puede concurrir con otros medios de prueba. Así, no se podría solicitar en ella la confesión de las partes o declaración de testigos, por cuanto la ley no lo permite. Únicamente acepta la concurrencia de peritos.

²¹² C. de Talca, G.T. 1909, 1º, s. 670, pág. 1077.

3º Valor probatorio

223. CONCEPTO

El artículo 408 preceptúa: "La inspección personal constituye prueba plena en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación".

La jurisprudencia ha interpretado correctamente esta disposición al precisar que la inspección personal del juez sólo constituye prueba en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el juez establezca como resultado de su propia observación, pero no en cuanto a las deducciones o a los hechos de carácter científico que consigne.²¹³

Por consiguiente, para que tenga valor probatorio la inspección se requiere: 1º que se trate de hechos materiales; 2º que sean establecidos como resultado de la propia observación o constatación del tribunal, y 3º que ellos sean consignados en el acta.

²¹³ C. de Concepción, G.T. 1912, s. 962, pág. 419.

e) El Código de Procedimiento Civil regula la prueba pericial en el Libro II, Título XI, párrafo 6, artículos 409 y siguientes, bajo el nombre "Del Informe de Peritos", y que consiste propiamente en el dictamen que evacúan los peritos en el desempeño de sus cargos.

f) La ley ha reglamentado minuciosamente las calidades que deben reunir los peritos, los casos en que procede este medio probatorio, su nombramiento, y la manera como debe ser hecha la designación de los peritos.

g) *Importancia.* El conocimiento de esta materia reviste especial importancia no sólo porque es un medio probatorio de útil y gran aplicación práctica, sino porque las mismas normas que venimos se aplican al nombramiento de los árbitros y partidores.

1º Peritos

224. CONCEPTO

a) La prueba pericial es aquella que se produce en virtud de informe de peritos.

b) Puede suceder, y la ley se ha puesto en el caso, que el juez, ya sea por insuficiencia de conocimientos técnicos en determinadas materias o porque no está en condiciones de percibir ciertos hechos corrientes a causa del peligro o desagrado que la percepción lleva aparejada (como en el evento de una autopsia, por ejemplo), o por otras causas, no se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios sentidos. En esta circunstancia está obligado a recurrir al auxilio de personas especializadas que reciben el nombre de "peritos".

c) La prueba pericial responde a la necesidad o, por lo menos, a la conveniencia de suministrar al juez conocimientos o aptitudes que no posee y que, sin embargo, le hacen falta para la acertada resolución de la causa que conoce.

d) Se puede definir al perito como un técnico que auxilia al juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos cuando media una imposibilidad física o se requieren conocimientos especiales en la materia.²¹⁴

²¹⁴ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 350.

225. CONDICIONES QUE DEBEN REUNIR

a) La ley reglamenta en el artículo 413 las condiciones que deben reunir los peritos.

b) En primer lugar, la persona que se designe como perito debe ser hábil para declarar como testigo en juicio; se le aplican, pues, las reglas de los artículos 356, 357 y 358 —ya analizadas al estudiar la prueba testimonial—, en cuanto le sean pertinentes. Por consiguiente, nos remitimos a lo ya dicho.²¹⁵

c) En segundo término, debe tener título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

d) Además, los peritos pueden ser inhabilitados por cualquiera de las causales de impugnancia o recusación de los jueces —la de los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales—, dado lo dispuesto en el artículo 113, inciso 2º: "Para inhabilitar a los peritos, la parte a quien pueda perjudicar su intervención, deberá expresar y probar alguna de las causas de impugnancia o recusación determinadas para los jueces, en cuanto sean aplicables a aquéllos".

²¹⁵ Vid. supra Nos 153, 171 a 175.

e) Sin embargo, si las partes están de acuerdo expresamente, puede servir el cargo de perito alguna persona que no reúna las condiciones que hemos indicado en las letras anteriores (art. 413, inc. 1º); pero esa facultad que la ley otorga a las partes debe interpretarse racionalmente; así, las partes, por muy de acuerdo que estuvieran, no podrían designar a una persona absolutamente incapaz para el cargo de perito.

226. RESPONSABILIDAD DE LOS PERITOS

- a) Los peritos pueden incurrir en responsabilidad de carácter civil o criminal.
- b) Respecto de la primera, el artículo 420 establece que si los peritos no evacúan su informe en el plazo que el tribunal les ha señalado, pueden ser multados. Este apremio para que se les aplique multa debe ser solicitado por las partes, dada la regla de que el proceso funciona por iniciativa de las partes y no de oficio.
- c) Creemos que también el perito puede incurrir en responsabilidad penal. La pena sería la del artículo 209 del Código Penal, o sea, la de prestar falso testimonio en causa civil, pues el perito, al aceptar el cargo, debe jurar desempeñarlo fielmente; y si al evacuar su informe comete una infidelidad o falsedad a sabiendas, incurre en el delito descrito y penado por la disposición legal citada.

227. HONORARIOS DEL PERITO

- a) En el informe que expida el perito tiene derecho a exigir una retribución por su trabajo, así como cobrar los gastos en que haya incurrido. Generalmente lo hace por un otrosí.
- b) Si el peritaje ha sido solicitado por una parte, la regla es que ésta lo debe pagar; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento del asunto, en cuyo caso debe pagarse por mitades (art. 411, inc. 2º). También deben ambas partes pagarlo si ha sido dispuesto por el tribunal, como una medida para mejor resolver. En los casos que el peritaje es obligatorio, igualmente debe ser pagado por mitades.

c) Todo lo anterior es sin perjuicio de lo que se resuelve acerca del pago de las costas en la sentencia (art. 411, inc. 2º).

d) El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que previamente se consigne una cantidad prudencial para responder a los gastos y honorarios del perito (art. 411, inc. 2º, parte final).

e) En los juicios de mínima cuantía, el informe que evacuen los peritos es gratuito, dado lo dispuesto en el artículo 720, inciso 1º.

2º Procedencia de este medio de prueba

228. DISTINCION

La ley ha establecido que el informe de peritos es obligatorio en ciertos casos para la resolución del asunto y que en otros es facultativo para el tribunal ordenar o no este medio probatorio.

229. CASOS EN QUE PROCEDE EN FORMA OBLIGATORIA

- a) El informe de peritos procede en forma obligatoria en los casos a que se refieren los artículos 409 y 410, esto es: 1) cuando la ley ordena que debe oírse a peritos, sea que se valga de esta expresión o de otra que signifique la necesidad de consultar opiniones periciales; y 2) cuando la ley ordena que se proceda en juicio práctico.²¹⁶
- b) Procede, entonces, este medio probatorio en los siguientes casos, contemplados por distintos Códigos y leyes: 1) Código Civil: artículos 848, 855, 1335, 1943, 1997, 1998, 2002, 2006 y 2012; 2) Código de Procedimiento Civil: artículos 438, Nº 2º, 567, 602, 657, 745 y 865; 3) Código de Comercio: artículos 133, 134, 208, 209 y 534; y 4) Ley Nº 16.271, que fijó el texto refundido de la Ley Nº 5.427, sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones: artículo 46.

²¹⁶ Los juicios prácticos fueron suprimidos por la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales del año 1875, y reemplazados aquí por el reconocimiento de peritos.

230. CASOS EN QUE PROCEDE EN FORMA FACULTATIVA

Están contemplados en el artículo 411, y ellos son: 1º cuando hay puntos de hecho para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, y 2º cuando sea necesario conocer el derecho referente a alguna legislación extranjera.

231. OMISION DEL INFORME PERICIAL

- a) Si el juez puede decretar facultativamente la práctica de esta diligencia probatoria, indudablemente que no se incurre en vicio alguno si estima que no es necesario.
- b) Pero cuando el tribunal está obligado a decretarla, en los casos que hemos visto en el Nº 229, y no lo hace, la sentencia que dicte puede ser anulada, mediante el recurso de casación en la forma. La ley no establece expresamente la sanción, pero ella resulta de diversas disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Así, el artículo 768, Nº 9º, señala como causal de casación en la forma el haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley, y el artículo 795, Nº 4º, considera como trámite esencial la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión; por consiguiente, si se omite el informe pericial en los casos que éste es obligatorio, la sentencia que se dicte es casable, porque se omite un trámite declarado esencial por la ley y ello produce indefensión a las partes.

3º Procedimiento

232. QUIEN PUEDE PEDIR EL INFORME DE PERITOS

El informe de peritos puede decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo pueden solicitarlo dentro del término probatorio (arts. 412 y 327). También puede ordenarse de oficio por el tribunal, como una medida para mejor resolver, dado lo dispuesto en el artículo 159, Nº 4º, e

incluso, asimismo, en todos aquellos casos en que este medio de prueba procede en forma obligatoria.²¹⁷

La resolución que expida el juez decretando el informe de peritos, como medida para mejor resolver, es apelable en el solo efecto devolutivo (art. 159, inc. final), lo que constituye una excepción a la regla general consistente en que las resoluciones que ordenan la realización de medidas para mejor resolver son inapelables.

233. OBJETO

- a) El informe de peritos no constituye por sí mismo un medio de prueba, porque no está destinado a establecer la existencia de tales o cuales hechos, sino a ilustrar al tribunal sobre hechos ya probados por otros medios.²¹⁸
- b) Por regla general, el derecho no puede ser materia de esta prueba, salvo tratándose de una legislación extranjera, en que se puede solicitar.
- c) Los informes en derecho, sobre legislación nacional, podrían considerarse, sin embargo, como una pericia extrajudicial, aceptada por la ley (art. 228).

234. NOMBRAMIENTO

- a) Si el informe de peritos ha sido solicitado por alguna de las partes y el tribunal ha accedido a este medio probatorio, debe citar a comparendo, indicando día y hora, para que ellas concurran a designar el perito.

²¹⁷ El juez, conforme a lo estatuido en el art. 84, inc. 3º, puede corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso, y por esa razón puede decretar de oficio, y no sólo como medida para mejor resolver, el informe de peritos en los casos en que éste procede en forma obligatoria, pues -como hemos visto, supra Nº 229 y 231- si se omite esta prueba en los casos en que la ley la establece en forma obligatoria, la sentencia puede ser anulada mediante el recurso de casación en la forma.

²¹⁸ C. Sup., Rcv. XXVIII-II-1º-329.

Esta resolución debe notificarse personalmente o por cédula, ya que se dispone la comparecencia personal de las partes (art. 48).

b) El día y hora señalados se verifica el comparendo con la concurrencia de las partes que asistan. Si asisten todas, deben ponerse de acuerdo sobre los siguientes puntos: 1) número de peritos que deben nombrarse; 2) calidad, aptitudes o títulos que deben tener; 3) el punto o puntos materia del informe, y 4) la persona del perito o peritos que se van a designar.

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre los tres primeros puntos, los fija el tribunal. También lo debe hacer si no han concurrido todas las partes.

Si no se ponen de acuerdo sobre la persona del perito, el nombramiento lo hace el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por las partes (art. 414, inc. 2º).

c) Si es el tribunal quien señala los tres primeros puntos indicados, la resolución en que lo haga es apelable; pero esa apelación no impedirá que se proceda a la designación de los peritos, ya sea por las partes, si están de acuerdo, o por el tribunal, en caso contrario. Sólo después de hecha esta designación se llevará adelante el recurso (art. 414, inc. final).

d) Se presume que no están de acuerdo las partes, respecto a la designación de la persona del perito, cuando no concurren todas a la audiencia, y en este caso también procede el nombramiento por el tribunal (art. 415).

e) La Corte Suprema ha estimado que no es necesario cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 414 y siguientes, que hemos visto, cuando se trata de nombrar un perito cuya designación ha sido ordenada de oficio por el juez, como una medida para mejor resolver.²¹⁹ Estimamos que esta jurisprudencia no se ajusta a la ley, ya que el artículo 414, al referirse al nombramiento de peritos, no distingue si ha sido solicitado por las partes o ha sido ordenado por el juez, como medida para mejor resolver. Además, lo que el tribunal puede ordenar como medida para mejor resolver es el medio probatorio informe de peritos, por lo cual no hay razón alguna para

²¹⁹ C. Sup., Rev. XIV-II-13-413.

que las partes no intervengan en cuanto al número de peritos que deban designarse; la calidad, aptitudes o títulos que deban tener; el punto o puntos materia de peritaje, y, por último, en la designación de las personas. Dejar estos puntos únicamente al criterio del tribunal podría perjudicar a las partes en sus derechos. Finalmente, no debemos olvidar que el proceso civil funciona a iniciativa de parte: que las medidas de oficio del tribunal son excepcionales y, por lo tanto, esta facultad del tribunal debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que sólo puede decretar el medio probatorio informe de peritos, dejando a las partes en libertad en cuanto a la designación de las personas.

f) Cuando el nombramiento de peritos se hace por el tribunal —en los casos que procede, ya sea porque las partes no se han puesto de acuerdo acerca de la persona o no asisten todas al comparendo—, debe ponerse en conocimiento de ellas dicha designación para que dentro de tercero día deduzcan su oposición, si tienen alguna incapacidad legal que reclamar contra el nombrado. Vencido este plazo sin que se formule oposición, se entenderá aceptado el nombramiento (art. 416).

g) En este plazo de tres días, que es fatal, las partes pueden objetar el nombramiento del perito practicado por el tribunal, por carecer éste de alguna de las condiciones que establece el artículo 413.²²⁰ En otras palabras, los peritos, en el plazo señalado, pueden ser tachados al igual que los testigos, ya que para ser tales es necesario que reúnan las condiciones de habilidad de los testigos en juicio (art. 413 Nº 1º), y puede ser objetado su nombramiento si no tienen título profesional expedido por autoridad competente, para el caso de que la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera esté reglamentado por la ley y existan en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que pueden desempeñar el cargo (art. 413, Nº 2º).

Dijimos también que los peritos pueden ser inhabilitados por alguna de las causales de impugnancia o recusación de los jueces, dado lo dispuesto en el artículo 113, inciso 2º,²²¹ pero creemos que éstas pueden hacerse notar no sólo en el plazo

²²⁰ Vid. supra Nº 225, letras a), b) y c).

²²¹ Vid. supra Nº 225, letra d).

señalado por el artículo 413, sino asimismo con posterioridad. Más adelante volveremos sobre este punto.²²²

h) "Los incidentes a que dé lugar el nombramiento de los peritos y el desempeño de sus funciones se tramitarán en ramo separado" (art. 424).

235. ACEPTACION DEL CARGO

a) Nombrado el perito, es necesario notificarle este nombramiento para que, si quiere, acepte o no el cargo. Sin embargo, los peritos designados por el tribunal en un juicio de mínima cuantía están obligados a desempeñar el cargo, pues no pueden excusarse sin causa (art. 720).

b) La notificación debe ser personal, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 40 y 417, inciso 2º.

c) Si el perito acepta el cargo, deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad; de esta declaración, que deberá hacerse verbalmente o por escrito en el acto de la notificación o dentro de los tres días inmediatos, debe dejarse testimonio en los autos (art. 417).

d) Si se omitió el juramento, todo lo actuado por el perito será nulo, y su información no tendrá valor alguno en juicio;²²³ pero de esta nulidad debe reclamarse mediante los recursos que la ley franquea, porque no sería posible anular un informe de peritos una vez que la sentencia recaída en el proceso en que incide el peritaje estuviere ejecutoriada, por impedírselo los efectos de la cosa juzgada.

La jurisprudencia ha establecido que es improcedente el recurso de casación fundado en la infracción del artículo 417, inciso 3º si al agregarse a los autos el informe pericial el recurrente formuló una serie de objeciones sin que ninguna de ellas se fundara en la omisión de las diligencias a que dicha disposición legal se refiere, especialmente en orden a la omisión del juramento, pues ello importó aceptación tácita del informe relativo a la diligencia que se dijo omitida.²²⁴

²²² Vid. infra Nº 236.

²²³ C. Sup., Rev. XXVII-II-1ª-693.

²²⁴ C. Sup., Rev. XIII-II-1ª-539.

236. IMPLICANCIA Y RECUSACION DE LOS PERITOS

a) La ley quiere que los peritos sean lo más imparciales posible al dar sus informes; por esa razón, el artículo 113, inciso 2º, permite a las partes que inhabiliten a los peritos por alguna causal de implicancia o recusación determinada para los jueces, en cuanto les sean aplicables; pues las implicancias y recusaciones son ciertas circunstancias que hacen perder a los jueces, personal auxiliar de justicia y peritos su competencia y habilidad para conocer de un asunto dado, ya que la ley presume que carecen de imparcialidad para intervenir en él.

b) Entre las implicancias y recusaciones existen diferencias. Las primeras son verdaderas prohibiciones impuestas a determinadas personas (jueces, personal auxiliar y peritos) para intervenir en un asunto dado; y como tales prohibiciones, las personas implicadas tienen la obligación de declararse de oficio inhabilitadas, dejando constancia de este hecho en el proceso. Son de orden público, y, por lo tanto, irrenunciables por las partes. Sin embargo, creemos que para el caso especial de los peritos las partes pueden renunciar a ciertas causales de implicancia. En efecto, el artículo 413, Nº 1º, establece que "salvo acuerdo expreso de las partes, no podrán ser peritos: 1º Los que sean inhábiles para declarar como testigos en el juicio", o sea, dicha disposición permite a las partes designar peritos, estando de acuerdo, incluso a una persona inhábil para declarar como testigo en juicio. Si comparamos las causales de inhabilidad de los testigos (arts. 357 y 358, aplicables a los peritos) con las de implicancia, señaladas en el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, podemos apreciar que muchas de ellas son semejantes; así, por ejemplo, la implicancia indicada en el Nº 4º del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, con la inhabilidad del artículo 358, Nº 2º; la del artículo 195, Nº 1º, del Código Orgánico de Tribunales, con la del artículo 358, Nº 6º, etc. Y si las partes, estando de acuerdo, pueden renunciar a estas causales de inhabilidad, es evidente que también pueden hacerlo con respecto a una causal de implicancia que quede comprendida dentro de las inhabilidades de los testigos. De esto resulta que las partes, de común acuerdo, pueden renunciar a las implicancias que a su vez sean causales de inhabi-

lidad de los testigos, dado lo dispuesto en el artículo 413; pero en estos casos, en realidad, no se estaría renunciando a la impugnancia, como tal impugnancia, sino a una causal de inhabilitación de los peritos, por permitirlo dicho artículo. Las demás causales de impugnancia —las que no son semejantes a alguna inhabilitación— serían irrenunciables, aplicando las reglas generales acerca de las impugnancias.

En cambio, las recusaciones son meros arbitrios que la ley concede a las partes para que inhabiliten a un juez, al personal auxiliar de justicia y peritos en el conocimiento del asunto.

Las causales de impugnancia están indicadas en el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, y las de recusación, en el artículo 196 del mismo cuerpo legal.

c) *Oportunidad.* La declaración de impugnancia o recusación del perito debe pedirse antes que éste comience a actuar, siempre que la causal alegada exista ya y sea conocida por las partes. Si la causal es posterior o no ha llegado a conocimiento de la parte, deberá proponerla tan pronto tenga noticia de ella. No justificándose esta última circunstancia, será desechada la solicitud, a menos que se trate de una impugnancia (art. 114).

d) *Tramitación.* Las impugnancias y recusaciones de los peritos se reclamarán ante el tribunal que conozca del negocio en que aquéllos han de intervenir (art. 117). Debe promoverse este incidente mediante solicitud escrita, que tiene que cumplir con ciertas exigencias, establecidas por el artículo 115: 1) indicar la causal legal en que se apoya la impugnancia o recusación; 2) indicar los hechos que constituyen la causal —debe tratarse de hechos serios y precisos—; 3) deben acompañarse las pruebas necesarias u ofrecer acompañar dichas probanzas; 4) la solicitud debe ser aparejada de una boleta de consignación a la orden del tribunal, por la suma de un cuarto de unidad tributaria mensual (art. 118, inc. 2º), y 5) debe solicitarse que al perito se le inhabite en el conocimiento del asunto.

El tribunal, en presencia de esta solicitud, puede adoptar alguna de las medidas siguientes:

1º Declarar inhabilitado al perito sin más trámite si la causal invocada es legal, si los hechos invocados constituyen la causal indicada y se especifican con la debida claridad, y si estos hechos constan al tribunal o resultan de los antecedentes acom-

pañados o que el mismo tribunal ordene agregar de oficio (art. 119);

2º Desechar de plano la solicitud, si la causa alegada no es legal, o no la constituyen los hechos en que se funda, o si éstos no se especifican debidamente (art. 119, inc. 1º);

3º Darle la tramitación de un incidente, que se substanciará en cuaderno separado, cuando concurren todos los requisitos, pero los hechos no constan al tribunal o no aparecen de manifiesto en los documentos acompañados.

237. COMO SE PRODUCE LA PRUEBA PERICIAL

a) Una vez nombrado el perito y prestado el juramento, deberá indicar dónde va a practicar la inspección o el reconocimiento de la cosa litigiosa. El inciso final del artículo 417 le impone la obligación de notificar a las partes del día y hora en que va a practicar la observación o el reconocimiento para que comparezcan si quieren. En la práctica, el perito presenta un escrito al tribunal indicando el día y la hora que practicará la inspección o reconocimiento, y la resolución que recae sobre él se notifica personalmente o por cédula a las partes. El informe evacuado por el perito sin la citación previa a las partes carece de valor legal,²²⁵ y autoriza que se entable recurso de casación en la forma en contra de la sentencia que se dicte fundada en ese informe.²²⁶

Indudablemente que esta citación a las partes debe verificarse con la anticipación prudencial suficiente para que éstas puedan hacer uso del derecho de asistir al reconocimiento.²²⁷

b) "Cuando sean varios los peritos procederán unidos a practicar el reconocimiento, salvo que el tribunal los autorice para obrar de otra manera" (art. 418).

c) Las partes pueden asistir al acto del reconocimiento y hacer las observaciones que estimen oportunas. Podrán también

²²⁵ C. de Valparaíso, C.T. 1906, 1º, s. 50, pág. 126, C. de La Serena, C.T. 1907, 1º, s. 136, pág. 297; C. de Talca, C.T. 1908, 1º, s. 546, pág. 795; C. de Talca, C.T. 1911, 2º, s. 126; C. de La Serena, C.T. 1907, 1º, s. 1.424, pág. 1295.

²²⁶ C. de Talca, C.T. 1909, 1º, s. 516, pág. 843.

²²⁷ C. de Talca, C.T. 1911, 2º, s. 1.400, pág. 1159.

pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán en ellas presentes (art. 419, inc. 1º).

d) De todo lo obrado en el reconocimiento pericial se levantará acta, en la cual se consignarán los acuerdos celebrados por los peritos (art. 419, inc. final).

238. EL INFORME PERICIAL

a) Una vez hecho el reconocimiento, los peritos deben presentar sus informes, lo que podrán hacer conjunta o separadamente (art. 423).

En ellos deben indicar las conclusiones a las que han llegado, fundándolas, pues, como lo hemos visto, el objeto de la pericia es ilustrar al tribunal en las cuestiones de carácter técnico del caso. Por consiguiente, el informe debe constar de dos partes: la exposición de las diligencias practicadas, indicando las observaciones formuladas por las partes en el acto del reconocimiento; y la opinión, fundada, de los peritos.

b) La ley no establece a qué tramitación debe sujetarse la agregación a los autos del informe pericial. Generalmente se provee ordenando que se pongan en conocimiento de las partes para que éstas puedan formular las observaciones pertinentes.

c) *Plazo.* Dice el artículo 420: "Los tribunales señalarán en cada caso el término dentro del cual deben los peritos evacuar su encargo; y podrán, en caso de desobediencia, apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos, según los casos".

d) *Discordancia entre peritos.* Preceptúa el artículo 421: "Cuando los peritos discorden en sus dictámenes, podrá el tribunal disponer que se nombre un nuevo perito, si lo estima necesario para la mejor ilustración de las cuestiones que debe resolver.

"El nuevo perito será nombrado y desempeñará su cargo en conformidad a las reglas precedentes".

O sea, se le aplican las mismas disposiciones que ya hemos visto.

Agrega el artículo 422: "Si no resulta acuerdo del nuevo perito con los anteriores, el tribunal apreciará libremente las

opiniones de todos ellos, tomando en cuenta los demás antecedentes del juicio".

4º Valor probatorio

239. CONCEPTO

a) El artículo 425 dispone: "Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica". Por otra parte, el artículo 422, ya visto, refiriéndose al caso que no haya acuerdo entre los informes de los peritos, establece que "el tribunal apreciará libremente las opiniones de todos ellos, tomando en cuenta los demás antecedentes del juicio".

b) De las disposiciones transcritas más arriba resulta que el legislador adoptó el sistema de las reglas de la sana crítica para la apreciación de la prueba pericial; o sea, el juez al valorar esta prueba debe tener en cuenta las reglas de la lógica y de la experiencia.²²⁸ Sobre esta materia nos remitimos a lo ya dicho al estudiar las reglas de la sana crítica.²²⁹

Sobre la materia debemos tener presente que se ha declarado por nuestra jurisprudencia que la norma del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil no es reguladora de la prueba; es de simple apreciación por los jueces, lo que trae como consecuencia que los hechos de la causa no pueden ser modificados por el tribunal de casación (SCS, R.D.J. 1999, t. XCVI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 110, C. 7º).

²²⁸ Las reglas o máximas de experiencia son aquellas normas de valor general, independientes del caso específico, pero que siendo extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie (Courure, *Fundamentos*, pág. 111).

²²⁹ Vid. supra Nº 108, letra b).

c) La palabra presunción se usa con dos significados: para indicar el objeto que se utiliza para la deducción o la deducción misma que de él se deriva. Esta última acepción es la que comprende el medio de prueba.

d) De lo anteriormente expuesto y de lo prescrito en el artículo 47, inciso 1º, del Código Civil, se puede decir que las presunciones, como medio de prueba, son las consecuencias que la ley o el tribunal deducen de ciertas circunstancias o hechos conocidos.²³⁰

e) Y presunción, como objeto que se utiliza para la deducción, que también se llama indicio, es "todo rastro, vestigio, hue-lla, circunstancia y, en general, todo hecho conocido o, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido".²³¹

2ª Clasificación

241. DISTINCION

a) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1712, inciso 1º, del Código Civil, las presunciones son: 1) legales (*praesumptiones iuris*), y 2) judiciales (*praesumptiones hominis*).

b) La ley permite que el juez aprecie libremente las presunciones judiciales; no así las legales, que vincula su apreciación por medio de sus reglas.

c) Este vínculo puede ser absoluto, en el sentido de que el juez deba deducir de la presunción necesariamente un hecho determinado; o relativo, en el sentido de que lo deba deducir sólo en cuanto no se proporcione la prueba en contrario. Según esto, las presunciones legales se dividen en presunciones simplemente legales (o relativas, *praesumptiones iuris tantum*) y presunciones de derecho (absolutas, *praesumptiones iuris et de iure*).

²³⁰ El art. 47, inc. 1º, del C.C. establece: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas".

²³¹ DELLEPIANTE, *Nueva teoría de la prueba*, pág. 67, citado por ALSINA, ob. cit.

a) Ya habíamos dicho que el conocimiento que el juez puede tener de los hechos podrá efectuarse de una manera inmediata o directa o mediata o indirecta. En la primera eventualidad tenemos la prueba inmediata o directa, en que el hecho a probar cae bajo los sentidos del verificador, que en este caso es el juez; y en la segunda nos encontramos frente a la prueba mediata o indirecta, ya que el juez saca sus conclusiones a través de un hecho diverso de aquel que debe probarse. Será necesaria la prueba indirecta, porque el hecho no está presente o ha dejado de existir.

b) La prueba indirecta se produce, en primer término, por el testimonio, que, si es de una parte, se llama "confesión", y si es de terceros, "prueba de testigos"; el testimonio, tanto de la parte como de los terceros, puede producirse también en forma escrita, y, en este caso, el documento donde consta constituye la prueba instrumental.

Pero este testimonio puede faltar o ser insuficiente; en tal evento la inducción o deducción puede fundarse en rastros que toman el nombre de "indicios" o "presunciones" y que sirven de punto de partida a la investigación. Las consecuencias que de ellos se sacan constituyen las presunciones, que se llaman "legales" cuando son preestablecidas por la ley y "judiciales" cuando es el juez quien las obtiene.

242. PRESUNCIONES LEGALES

- a) Son presunciones legales las que deduce expresamente la ley, dando por cierto un hecho, supuestos ciertos antecedentes y circunstancias (art. 47 del C.C.).
- b) En las presunciones legales la ley no deja al juez la valoración de las mismas, sino que ella establece su eficacia y valor. Para ello, la ley fija el hecho diverso del hecho por probar y determina que, dado ese hecho, debe entenderse verificado el hecho por probar y, por tanto, las consecuencias que de él derivan.
- c) En las presunciones legales, como en toda presunción, existen tres elementos: un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume. El legislador hace el razonamiento y establece la presunción, pero a condición de que se pruebe el hecho —o los antecedentes o circunstancias, de que habla la ley— en que ella se funda.

d) Las presunciones legales se clasifican, como lo hemos dicho, en presunciones simplemente legales y presunciones de derecho. Para hacer esta clasificación se atiende a si el legislador admite o no prueba en contrario contra lo que se presume. Si la presunción admite prueba en contrario, es simplemente legal (art. 47, inc. 3º, del C.C.). Si la presunción es de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba en contrario, supuestos los antecedentes o circunstancias (art. 47, inc. final, del C.C.). Debemos advertir que, al decir la ley que es inadmisible la prueba en contrario, no quiere significar que no se pueda aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción. Lo que la ley no permite es atacar el razonamiento o demostrar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe o no es el que específicamente se requiere por la ley.

e) El Código Civil contiene numerosos casos de presunciones simplemente legales, entre los cuales podemos citar los artículos 180, inciso 1º; 700, inciso 2º; 1654, inciso 1º; 1739, inciso 1º.

f) La presunción simplemente legal no es propiamente un medio de prueba, sino que constituye un caso de inversión de la carga de la prueba, porque favorece a quien la invoca y pone a cargo de la otra parte la prueba en contrario. Sin embargo, la parte favorecida con la presunción debe acreditar, por prueba

directa, los antecedentes o circunstancias que originan la presunción; por lo que en el fondo es, más que una inversión de la prueba, un facilitamiento de ella, pues no suprime la carga de la prueba, sino que se limita a hacerla más fácil.

g) Nuestro Código Civil también contiene numerosos casos de presunción de derecho, en casos especiales en que el legislador ha considerado tan evidente la conclusión que se desprende de ciertos hechos o circunstancias conocidas, que ha negado a las partes el derecho de probar lo contrario. Para que la presunción se entienda de derecho, basta que no se admita prueba en contrario. No se requieren fórmulas sacramentales, tales como "se presume de derecho", etc. Los principales casos son los de los artículos 76 y 706, inciso final.

243. PRESUNCIONES JUDICIALES

a) Son las que deduce el juez de ciertas circunstancias o antecedentes conocidos, que constan, naturalmente, en el proceso. El juez, en este caso, es libre para emplear como prueba cualquier hecho, en cuanto la experiencia le consienta deducir de él la existencia o inexistencia del hecho a probar.

b) *Requisito.* El artículo 1712, inciso final, del Código Civil establece: "Las que deduce el juez (las presunciones) deberán ser graves, precisas y concordantes". El juez no es, pues, enteramente libre para emplear como prueba cualquier hecho, sino que debe reunir los requisitos que en esa disposición se indican, esto es, que sean varias, graves, precisas y concordantes.

Sin embargo, el artículo 426, inciso 2º, vino a modificar esta situación al disponer que "una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento". Luego, si una sola presunción puede constituir plena prueba, es evidente que no es necesario que las presunciones sean concordantes, ya que sólo se puede hablar de concordancia en el caso de varias presunciones.

De modo que los requisitos para que procedan las presunciones judiciales son dos: 1º que sean graves, lo que significa que los antecedentes de los cuales se deduce la presunción sean

justificados, de tal naturaleza que hagan sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca, y 2º que sean precisas, o sea, que el o los antecedentes deben referirse precisamente a los hechos que se trata de probar o justificar. No deben ser susceptibles de aplicarse indistintamente a varias situaciones; ni deben ser vagos.

La apreciación de la prueba producida en un juicio no puede invocarse como fundamento de un recurso de casación en el fondo, pues la valoración de los medios probatorios corresponde soberanamente a los jueces de la instancia; y en lo que respecta a la facultad de atribuir el valor de plena prueba a una sola presunción, conforme lo establece el inciso 2º del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, ella es privativa de los jueces del fondo, si a su juicio tiene los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su conocimiento o si se trata en general de presunciones judiciales, la facultad de resolver si concurren los requisitos de precisión y concordancia exigidos por el artículo 1712 del Código Civil, para que pueda atribuírseles valor probatorio es meramente una cuestión de hecho que por ley corresponde decidir soberanamente a dichos jueces y que por tanto queda al margen del control del tribunal de casación (SCS, R.D.J. 1984, t. LXXXI, 2ª Parte, sec. 1ª, pág. 41, C. 4º. En el mismo sentido SCS, R.D.J. 2000, t. XCVII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 101, C. 10º).

c) *Precedencia*. Se ha discutido si proceden las presunciones judiciales en los casos en que no se admite prueba de testigos.²³² Algunos autores sostienen que el juez no puede servirse de las presunciones, aunque se deje a su apreciación, en los casos en que no se admite prueba de testigos, por cuanto la inverosimilitud engendrada por la falta de documento es suficiente para excluir lo mismo la prueba testimonial que la prueba por presunciones, pues ésta se basa en la posibilidad de reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de hechos conocidos otros desconocidos, y se apoya en el suceso lógico de ciertos hechos con relación a otros.²³³

Sin embargo, creemos que esta doctrina no tiene base alguna dentro de nuestra legislación, pues ni el Código Civil ni el

²³² Vid. supra N° 153, 154 y 155.

²³³ CARLUCCI, ob. cit., tomo II, pág. 539.

de Procedimiento Civil la aceptan. En efecto, el Código Civil ha dispuesto que para que estas presunciones judiciales sirvan para dar por establecidos los hechos controvertidos se requiere que sean precisas, graves y concordantes (art. 1712 del C.C.), es decir, que tengan una fuerte posibilidad de verdad, que directamente conduzcan al hecho controvertido y que no sean contradictorias unas con otras, y el determinar esto es una cuestión de hecho que corresponde de manera soberana a los jueces del fondo;²³⁴ además, es preciso hacer notar que las presunciones constituyen un medio de prueba distinto a la testimonial, y a la que no hay razón alguna de aplicar sus limitaciones, limitaciones que son de derecho estricto y por lo cual deben aplicarse en forma restrictiva, esto es, única y exclusivamente para el caso en que inciden.

Pero es indudable que si las presunciones se basan únicamente en declaraciones de testigos, no existiendo en el proceso otros elementos de juicio para el juez, no podrían considerarse acreditados los hechos controvertidos con esas presunciones enanadas de los dichos de esos testigos, en los casos en que la testimonial fuera inadmisibles; porque de otro modo se burlaría la intención del legislador al limitar este medio probatorio, pues bastaría que el juez estimara como presunción los dichos de testigos en los casos en que fuera inadmisibles, para dar por acreditado el hecho.

En suma, la prueba de presunción es admisible, aun en los casos en que no proceda la testimonial, y aun cuando para establecer la presunción se la haya fundado en declaraciones de testigos, pero siempre que se base, además, en otros hechos o antecedentes del proceso.²³⁵

d) La jurisprudencia es uniforme al respecto. Así, hay sentencias que han estimado que "no infringe las disposiciones legales que rechazan la prueba de testigos para comprobar obligaciones que debían constar por escrito, la sentencia que las da por establecidas a virtud de presunciones graves, precisas y concordantes, pues las presunciones constituyen un medio de

²³⁴ ALESSANDRI, FERNANDO, *Explicaciones*, tomo I, pág. 82.

²³⁵ C. Sup., Rev. IX-II-1-491.

prueba diverso de la testimonial",²³⁶ que "puede establecerse por este medio la existencia de los actos y contratos que tengan la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de doscientos pesos, ya que las presunciones judiciales son un medio probatorio admitido en derecho sin limitación alguna y que no está comprendido en las limitaciones del artículo 1708 del Código Civil",²³⁷ y que "no procede este género de prueba (plena) cuando ella se deriva (únicamente) del dicho de testigos, en casos que, según las leyes, es inadmisibles la prueba testimonial".²³⁸⁻²³⁹

e) El Código de Procedimiento Civil ha establecido en ciertos casos las condiciones necesarias para que un determinado medio probatorio tenga valor. ¿Podría dársele el valor de una presunción a uno de esos medios de prueba cuando no reúne los requisitos que la ley establece para que tenga valor? O, dicho en otras palabras: ¿la prueba imperfecta puede constituir presunción? Creemos que no hay inconveniente alguno, pues el juez puede en la sentencia manifestar que ese antecedente, unido a tal o cual otro, tiene el valor de presunción, ya que es soberano para estimarlo así.²⁴⁰

244. BASE DE PRESUNCION

El artículo 427 prescribe: "Sin perjuicio de las demás circunstancias que, en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deban estimarse como base de una presunción, se reputarán verdaderos los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente, salvo prueba en contrario.

"Igual presunción existirá a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes".

²³⁶ C. Sup., Rev. VII-1^a-224.

²³⁷ C. Sup., G.T. 1913, 8^a, s. 1.044, pág. 2934.

²³⁸ C. Sup., G.T. 1910, 2^a, s. 1.131, pág. 826.

²³⁹ Otras sentencias en el mismo sentido pueden verse en Rev. VII-1^a-224; XV-II-1^a-59; XXIII-II-1^a-58, todas de la C. Suprema.

²⁴⁰ ALESSANDRI, FERNANDO, *Explicaciones*, tomo I, pág. 82.

b) Respecto de este artículo la jurisprudencia ha estimado: 1) que la certificación de un ministro de fe constituye una presunción judicial, que se convierte en plena prueba si no hay otra prueba en contrario;²⁴¹ 2) que no basta para dar por probado un hecho el certificado de un ministro de fe acerca de circunstancias que no se refieren al objeto de la diligencia que fue encargado de practicar;²⁴² 3) que el certificado de un notario, como autorizante de un documento privado, no tiene más importancia que la de un testigo particular muy abonado;²⁴³⁻²⁴⁴ 4) que el certificado del secretario del juzgado hace plena prueba tratándose de acreditar los hechos relacionados con las actuaciones del proceso que se hacen bajo su responsabilidad;²⁴⁵ 5) que la presunción que establece el inciso 2^o de este artículo, en favor de los hechos verdaderos declarados en otro juicio entre las mismas partes, requiere que dicha declaración esté contenida en una sentencia judicial;²⁴⁶ 6) que no puede darse en un juicio civil el valor de presunción a la declaración prestada en un juicio criminal por un oficial del Registro Civil, si dicho señor aparece declarando como inculcado y, por lo tanto, bajo simple promesa de decir verdad;²⁴⁷ 7) que las declaraciones prestadas en un juicio criminal sobre la forma y condiciones en que se otorgó un testamento, no constituyen ni aun simples presunciones en el juicio civil en que se persigue la nulidad de dicho testamento, si los hechos sobre que se ha declarado no fueron declarados verdaderos en ese juicio criminal, en el cual, por el contrario, se sobrecyó definitivamente por no resultar acreditados esos mismos hechos que se consideran por el demandante como constitutivos del delito materia del proceso;²⁴⁸ y 8) una cosa es el mérito probatorio de los he-

²⁴¹ C. de Concepción, G.T. 1906, 2^a, s. 1.061 y 1.071, págs. 616 y 701.

²⁴² C. de La Serena, G.T. 1904, s. 30, pág. 35.

²⁴³ C. de La Serena, G.T. 1908, 2^a, s. 512, pág. 864.

²⁴⁴ Vid. supra Nº 137.

²⁴⁵ C. Sup., G.T. 1914, 1^a, s. 26, pág. 53.

²⁴⁶ C. Sup., Rev. XX-II-1^a-495.

²⁴⁷ C. de Santiago, Rev. XXX-II-2^a-219.

²⁴⁸ C. de Santiago, Rev. XXX-II-2^a-219.

chos certificados en el proceso por un ministro de fe referente a la presentación y notificación de una demanda y otra la eficacia de una prueba sobre determinados daños y la forma de producirse (Cas. forma y fondo, 29.12.93, R.D.J., tomo LXXIII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 74).

3º Valor probatorio

245. CONCEPTO

a) Las presunciones de derecho, como lo hemos dicho, no son en doctrina medios de prueba, ya que los hechos que mediante ellas se dan por establecidos no admiten la más mínima discusión. En la práctica, no obstante, constituyen la más fuerte de todas las pruebas, por encontrarnos ante una exclusión de toda otra prueba destinada a desvirtuar el hecho presumido de derecho.

b) Las presunciones simplemente legales, tampoco podrían considerarse como un medio de prueba, pues constituyen un caso de inversión de la misma, o un facilitamiento de ella, como creemos. Si la parte perjudicada con la presunción no destruye ésta, constituye plena prueba de los hechos presumidos.

c) Las presunciones judiciales, en cuanto a su valor probatorio, quedan entregadas por entero a la prudencia del juez que la deduce, y pueden llegar a constituir plena prueba si reúnen los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento, aunque se trate de una sola presunción (art. 426, inc. 2º). El tribunal sentenciador tiene plena libertad para apreciar la fuerza probatoria de estas presunciones, sin que el tribunal de casación pueda revisar el ejercicio de esa facultad.²⁴⁹

²⁴⁹ C. Sup., Rev. XXVIII-II-1ª-I; XXVIII-II-1ª-600; XXIX-II-1ª-570; XXX-II-1ª-538.

CAPÍTULO VIII

APRECIACION COMPARATIVA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

246. CONCEPTO

El tema que comprende este capítulo nos lleva a estudiar el problema del valor que tienen los diversos medios de prueba.

247. EFICACIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

a) El orden en que están enumerados los medios probatorios en el artículo 341 no indica la precedencia de los unos con respecto a los otros. Esta precedencia, en orden a su valor, está más bien indicada en el estudio particular de cada uno de los medios probatorios; por lo tanto, nos remitimos a lo ya dicho al estudiar el valor probatorio de los instrumentos,²⁵⁰ de la prueba testifical,²⁵¹ de la confesional,²⁵² de la inspección personal del tribunal,²⁵³ del informe de peritos,²⁵⁴ y de las presunciones.²⁵⁵

b) A pesar de lo dicho más arriba, el Código de Procedimiento Civil, al tratar en especial el valor comparativo de los diversos medios de prueba, ha establecido al respecto algunas reglas que las podemos resumir en las siguientes:

²⁵⁰ Vid. supra Nros 125, 126, 127, 145, 146 y 147.

²⁵¹ Vid. supra Nros 180 a 184.

²⁵² Vid. supra Nro 207, 208 y 209.

²⁵³ Vid. supra Nro 223.

²⁵⁴ Vid. supra Nro 239.

²⁵⁵ Vid. supra Nro 245.

1º *En primer término, debe estarse a lo que digan las disposiciones especiales.* En efecto, en muchas partes la ley dispone que para probar tal cosa debe rendirse tal prueba. Por ejemplo, una hipoteca se prueba por medio de escritura pública y su respectiva inscripción; la posesión de los bienes inmuebles, por la inscripción, en el Registro respectivo, de su título; así como éstos existen numerosos casos. Pero no se podría probar, verbigracia, el dominio de un inmueble inscrito con la prueba testimonial, etc.

2º *Las presunciones de derecho están en primer lugar:* Dijimos al estudiar las presunciones que siendo éstas de derecho y acreditadas por la parte favorecida por la presunción los antecedentes de ella, el caso presumido por la ley no podía ser destruido. Y no pudiendo destruirse por prueba en contrario, indudablemente que resulta la más fuerte de todas las pruebas, excluyendo a todas las otras para acreditar el hecho presumido de derecho.

3º Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad (art. 428). Sin embargo, no debemos olvidar que la confesión prestada sobre hechos personales del confesante prevalece sobre las demás pruebas.²⁵⁶

La jurisprudencia ha estimado que al hacer prevalecer los jueces del fondo el informe pericial sobre los demás medios probatorios, por tratarse del establecimiento de un hecho para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de ingeniería, se limitan a ejercer la facultad que al efecto les confiere ese artículo, para preferir entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, la que más conforme crean a la verdad,²⁵⁷ y que el preferir un medio probatorio a otro es facultad propia de los jueces llamados a establecer los hechos de la causa y de índole absolutamente exclusiva, cuyo ejercicio escapa a la revisión por medio de un recurso de casación.²⁵⁸

²⁵⁶ Vid. supra Nº 209, letra d).

²⁵⁷ C. Sup., Rev. XXX-II-1º-249.

²⁵⁸ C. Sup., Rev. XXX-II-1º-73; VII-1º-393.

248. OPORTUNIDAD EN QUE SE HACE LA APRECIACION DE LA PRUEBA

El tribunal debe hacer la apreciación comparativa de los diversos medios de prueba en la sentencia definitiva. El juez, en esa oportunidad, debe "hacer la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas generales".²⁵⁹

La calificación de la prueba rendida constituye un hecho de la causa.²⁶⁰

²⁵⁹ Nº 6 del auto acordado de la C. Suprema sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920.

²⁶⁰ C. Sup., Rev. XXV-II-1º-385.

TERCERA PARTE
PROCEDIMIENTOS POSTERIORES
A LA PRUEBA Y TERMINO
DEL JUICIO ORDINARIO

PROCEDIMIENTOS POSTERIORES A LA PRUEBA

249. RECAPITULACION

a) Ya hemos estudiado el período de la discusión en el juicio ordinario de mayor cuantía, el que está constituido, fundamentalmente, por los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica, y el trámite de llamado a conciliación obligatorio o necesario; y el período de la prueba, dentro de cuyo término deben rendirse las probanzas para justificar las afirmaciones de las partes.

b) Nos corresponde ahora ver los trámites posteriores a la prueba, en los procesos en que ella ha debido rendirse, y la citación para oír sentencia definitiva, que siempre procede.

250. ESCRITO DE OBSERVACIONES A LA PRUEBA

a) El artículo 430 establece: "Vencido el término de prueba, y dentro de los diez días siguientes, las partes podrán hacer por escrito las observaciones que el examen de la prueba les sugiera".

Con respecto al vencimiento del término de prueba, debe tenerse en cuenta la fecha de la última notificación de la interlocutoria de prueba, porque se trata de un término común y deben excluirse los días feriados; y que este término no se suspende en caso alguno.

b) En este plazo de 10 días de que trata el artículo 430, que es fatal; los autos quedan en la secretaría del tribunal. Antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil, por la Ley

Nº 7.760, de 5 de febrero de 1944, era posible retirar el expediente de la secretaría para proceder a preparar el trámite denominado "alegato de bien probado"; ahora no es posible.

c) La reforma a que hemos aludido suprimió el alegato de bien probado, pues contribuía notablemente a la dilatación del juicio, sin embargo, en el hecho, actualmente, los litigantes hacen un verdadero alegato de bien probado en sus escritos de observaciones a la prueba, pues en ellos examinan la prueba rendida con relación a los hechos afirmados en la demanda y en la contestación, para demostrar su exactitud o inexactitud.

d) La utilidad de estos escritos de observaciones se advierte con sólo considerar que en ellos el juez encuentra recapitulados en forma metódica los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno se refiere y las razones que se aducen para demostrar el derecho. Pero ellos no constituyen una pieza fundamental del procedimiento y su no presentación no acarrea ningún perjuicio o sanción, salvo una inferior defensa.

251. AGREGACION DE LA PRUEBA

a) El artículo 431 establecía: "No será motivo para suspender el curso del juicio la circunstancia de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, la cual se agregará al expediente cuando se obtenga; ni será obstáculo para la dictación del fallo la falta de agregación de la prueba".

b) Esta última parte de la disposición transcrita resultaba un poco exagerada, pues por cualquier dificultad puede no agregarse la prueba al juicio y en este caso se dictaría una sentencia manifestamente injusta.

El legislador, mediante la dictación de la Ley Nº 18.705, fue más categórico para establecer la obligación del tribunal de fallar la causa aun cuando no se hubiere recepcionado o rendido la prueba pendiente.

En efecto, el nuevo artículo 431 dispone que no será motivo para suspender el curso del juicio ni será obstáculo para la dictación del fallo el hecho de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal o no haberse practicado alguna otra

diligencia de prueba pendiente, a menos que el tribunal por resolución fundada la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa. En este caso, la reiterará como medida para mejor resolver y se estará a lo establecido en el artículo 159.

En todo caso, si dicha prueba se recibiere por el tribunal una vez dictada la sentencia, ella se agregará al expediente para que sea considerada en segunda instancia, si hubiere lugar a ésta.

252. CITACION PARA OIR SENTENCIA

a) Al estudiar la contestación de la demanda, dijimos que el demandado podía allanarse a ella admitiendo la legitimidad de las pretensiones del actor¹ o reconocer los hechos en ella planteados,² y que en ambos casos el tribunal debía mandar citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el trámite de la dúplica. Además, igual citación debe disponerse cuando las partes pidan que se falle el pleito sin más trámite (art. 313, inc. 2º).

b) Por otra parte, el artículo 432 establece que vencido el plazo de 10 días a que se refiere el artículo 430, se hayan o no presentado escritos de observaciones sobre la prueba rendida y existan o no diligencias pendientes, el tribunal citará para oír sentencia. Ella se notifica por el estado diario. La resolución que dicte el tribunal citando a las partes a oír sentencia, luego de vencido el plazo para hacer observaciones a la prueba, es inapelable.

En contra de la resolución que cite a las partes para oír sentencia sólo podrá interponerse el recurso de reposición, el que deberá fundarse en un error de hecho y deducirse dentro de tercero día. La resolución que resuelva la reposición será inapelable.

En cambio, debemos recordar que la resolución que cite a las partes para oír sentencia luego de evacuada la dúplica, omitiendo la recepción de la causa a prueba, es apelable por cuan-

¹ Vid. supra Nº 53.

² Vid. supra Nº 56.

to explícita o implícitamente niega el trámite de la recepción de la causa a prueba (art. 326).

El artículo 432, ya citado, contenía en su texto anterior dos particularidades: contemplaba la posibilidad de que las partes formularan peticiones verbales en el juicio ordinario de mayor cuantía, que es un procedimiento por cencia escrito, situación que en su nuevo texto no se consagra; y, además, establecía expresamente un caso en materia civil en que el juez puede proceder de oficio, situación que se mantiene en la actualidad con una redacción diversa, sin que ello obste a que se dicte esa resolución a petición de parte.

c) *Efectos*. Con la resolución que cita para oír sentencia queda cerrado el debate y la causa en estado de fallo. Después de la citación para oír sentencia, ya no se admiten escritos ni pruebas de ninguna especie (art. 433, inc. 1º), salvo los casos de excepción que veremos en la letra d).

La sentencia definitiva en el juicio ordinario deberá pronunciarse dentro del término de 60 días, contados desde que la causa quede en estado de sentencia (art. 162, inc. 3º).

Agrega el inciso 4º de la disposición citada: "Si el juez no dicta sentencia dentro de este plazo, será amonestado por la Corte de Apelaciones respectiva, y si a pesar de esta amonestación no expide el fallo dentro del nuevo plazo que ella le designe, incurrirá en la pena de suspensión de su empleo por el término de treinta días, que será decretado por la misma Corte".

d) *Peticiones que se admiten una vez cerrado el proceso*. Excepcionalmente, el inciso 2º del artículo 433 permite que una vez citadas las partes para oír sentencia se admitan las siguientes peticiones:

1º Incidentes sobre nulidad de lo obrado (arts. 83 y 84). Deben fundarse en vicios que anulan todo el proceso o en la falta de una circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio. El juez también, dentro de esta etapa procesal, puede corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso y tomar las medidas necesarias que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento, de acuerdo con el inciso final del artículo 84.

La posibilidad de formular el incidente de nulidad de todo lo obrado por una causa originada durante el transcurso del

juicio luego de citadas las partes a oír sentencia se ha visto notoriamente limitada, al establecer el artículo 83 que "la nulidad sólo podrá impetrarse dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal".

2º Puede el tribunal decretar de oficio una o más de las medidas para mejor resolver contempladas en el artículo 159. Es precisamente en esta etapa del proceso cuando el juez puede hacer uso de las medidas para mejor resolver, ya que dicho artículo 159 expresa que los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio las medidas para mejor resolver que les faculta esa disposición. Las medidas para mejor resolver que contempla el referido artículo 159 del Código de Procedimiento Civil constituyen una facultad potestativa del tribunal, de tal manera que si éste prescinde de decretarlas no se puede afirmar que ha omitido un trámite que la ley considerase esencial, y, por ende, la sentencia no incurre en el aludido vicio de casación (Cas. forma, 19.10.1977, R.D.J., tomo LXXIII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 142).

3º Puede el actor solicitar alguna o algunas de las medidas precautorias que contempla el artículo 290; y ello es natural y lógico, porque muchas veces la medida precautoria será la única forma de asegurar el resultado de la acción. De otro modo, si no estuviera contemplada la excepción que comentamos, el actor, después de haber recorrido la mayor parte del camino para obtener el logro de sus pretensiones, podría verse burlado por un demandado de mala fe.

Además de los casos señalados por el legislador y explicitados por el autor, con posterioridad a la citación para oír sentencia es posible formular las peticiones y realizar las actuaciones siguientes:

1) Impugnar los documentos públicos, privados y traducciones de estos si el plazo contemplado para ese efecto venciere luego de la citación para oír sentencia.

Al efecto, el artículo 433 en su inciso 2º dispone que "los plazos establecidos en los artículos 342 Nº 3, 346, Nº 3 y 347 que hubieren comenzado a correr al tiempo de la citación para oír sentencia, continuarán corriendo sin interrupción y la parte

podrá, dentro de ellos, ejercer su derecho de impugnación. De producirse ésta, se tramitará en cuaderno separado y se fallará en la sentencia definitiva; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 431".

2) La acumulación de autos, privilegio de pobreza, desistimiento de la demanda y conciliación.

Para los efectos de mantener la continenia o unidad de la causa y evitar la dictación de sentencias contradictorias entre sí, se establece que la acumulación de autos se podrá pedir en cualquier estado del juicio antes de la sentencia de término (art. 98).

También se establece esa misma oportunidad de cualquier estado del juicio para los efectos de solicitar el privilegio de pobreza (art. 130), desistirse de la demanda (art. 148) y decretar el trámite de citar a conciliación facultativa (art. 262, inc. final).

253. OMISION DE LA CITACION PARA OIR SENTENCIA

Si se omite el trámite de la citación para oír sentencia, la sentencia que se dicte será nula, por cuanto se ha faltado a un trámite o diligencia declarado esencial por la ley (arts. 768, N° 9°, y 795, N° 7°). Esta nulidad debe solicitarse por medio del recurso de casación en la forma.

254. MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

a) *Concepto.* Las medidas para mejor resolver son aquellas diligencias probatorias establecidas en la ley y que puede decretar de oficio el tribunal, luego de dictada la resolución citación para oír sentencia, con el fin de acreditar o esclarecer alguno de los hechos que configuran el conflicto, para la adecuada y justa decisión de éste.

b) *Sujeto.* El sujeto a quien corresponde exclusivamente decretar las medidas para mejor resolver es el tribunal, siendo uno de los casos en que recibe más nítida aplicación, dentro del procedimiento civil, el principio inquisitivo.

Las partes no tienen derecho alguno para compeler al tribunal a ordenar la realización de una o más de las medidas para

mejor resolver consignadas en la ley, por lo que las peticiones que al respecto ellas formulen no podrán ser consideradas más que meras sugerencias cuya aceptación depende exclusivamente del arbitrio del órgano jurisdiccional. Ello es así porque el periodo de prueba para las partes se encuentra establecido en una etapa anterior del procedimiento y por eso, luego de citadas ellas para oír sentencia, ha precluido su derecho para formular cualquier petición que tienda a generar prueba en el proceso.

Por otra parte, la finalidad de estas medidas es permitir la mejor resolución del conflicto, misión que se halla reservada en forma exclusiva al órgano jurisdiccional, siendo lógica consecuencia de ello que la iniciativa para decretarlas le corresponda sólo a éste.

c) *Oportunidad para decretarlas.* La oportunidad para que el tribunal decrete las medidas para mejor resolver es "sólo dentro del plazo para dictar sentencia" (art. 159); esto es, dentro del plazo de 60 días después de citadas las partes para oír sentencia.

El referido plazo reviste el carácter de legal y se encuentra contemplado para la realización de actuaciones propias del tribunal, por lo que de acuerdo con el artículo 64 no presenta el carácter de fatal, posibilitando que las medidas se decreten aun luego de transcurrido ese término.

El legislador, con el fin de impedir que el tribunal determine medidas para mejor resolver más allá del referido plazo, procedió mediante la dictación de la Ley N° 18.882, a modificar el inciso 1° del art. 159, estableciendo que "las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas".

d) *Medidas.* Las medidas para mejor resolver que puede decretar el tribunal se encuentran expresa y taxativamente enumeradas en el artículo 159 y ellas son:

1) La agregación de cualquier documento que estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes. La procedencia de la diligencia la determina el tribunal y al no distinguir la ley el documento al cual ella se refiere, puede recaer la medida sobre documentos públicos y/o privados y que se encuentren en poder de las partes o terceros.

2) La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resultan probados.

Para que el tribunal decrete la confesión judicial como medida para mejor resolver se requiere la concurrencia de dos requisitos copulativos: a) que recaiga sobre hechos que sean de influencia en la cuestión, lo que es apreciado prudencialmente por el tribunal, y b) que recaiga sobre hechos que no resulten probados en el procedimiento. En este caso nos encontramos con la particularidad de existir una confesión judicial provocada a iniciativa del tribunal y no de la contraparte, pero que deberá llevarse a cabo según el procedimiento establecido en el artículo 394.

3) La inspección personal del objeto de la cuestión.

4) El informe de peritos.

5) La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios.

La medida para mejor resolver es muy limitada respecto de la prueba testimonial, puesto que el tribunal no puede ordenar la comparecencia de testigos que no hubieran declarado con anterioridad en el proceso. Además, con referencia a los testigos que hubieran comparecido, la diligencia sólo puede tener como objeto que aclaren sus dichos oscuros o contradictorios en lo que atañe a lo declarado por ellos con anterioridad en el proceso, pero no hacerlos deponer acerca de hechos nuevos respecto a aquellos sobre los cuales hubiesen depuesto.

6) La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito.

En este caso nos encontramos en presencia de una prueba documental especial, puesto que los expedientes entran en la categoría de instrumentos públicos.

Esta medida debe cumplirse de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 37. De acuerdo con la reforma introducida en el artículo 159 por la Ley Nº 18.882, si la medida recae sobre un expediente en tramitación, ella se cumplirá remitiendo fotocopia del expediente, a menos que se trate de casos urgentes, cuando el tribunal lo estime necesario por resolución fundada, o cuando el expediente tenga más de 250 fojas o haya imposibilidad de sacar fotocopia en el asiento del tribunal, pudiendo en tal caso remitirse el original.

Si se hubiere remitido el expediente original, éste quedará en poder del tribunal que decreta esta medida sólo por el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

Además de estas medidas enumeradas en el artículo 159, el tribunal puede decretar, como medida para mejor resolver, la remisión de alguna prueba rendida fuera del tribunal y que no hubiere sido agregada al proceso, o la realización de una prueba pendiente, siempre que lo estime necesaria para la acertada resolución de la causa (art. 431, inc. 1º).

e) *Notificación de la resolución que las decreta.* La resolución que se dicte por el tribunal ordenando medidas para mejor resolver deberá ser notificada por el estado diario a las partes (art. 159, inc. 3º).

Respecto de los terceros que deben comparecer para la realización de alguna de las medidas decretadas no se ha establecido norma especial alguna, por lo que a ellos deberá notificárseles por cédula conforme a las reglas generales.

f) *Recurso.* Las resoluciones que decreten las medidas para mejor resolver son inapelables.

Excepcionalmente, procede el recurso de apelación, el que deberá conocerse en el sólo efecto devolutivo, en contra de la resolución que dicte el tribunal de primera instancia disponiendo que se lleve a cabo el informe de peritos como medida para mejor resolver.

g) *Plazo para su cumplimiento.* Las medidas para mejor resolver decretadas por el tribunal deben cumplirse dentro del plazo de 20 días contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decreta.

Si la medida para mejor resolver no se lleva a cabo dentro de dicho plazo, la sanción se contempla en la parte final del inciso 2º del artículo 159 al prescribir para ese efecto: "Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite".

h) *Hechos nuevos y términos especiales de prueba.* Si en la práctica de alguna de las medidas para mejor resolver aparece o manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término

especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe.

En este evento, se aplicará lo establecido en el inciso 2º del artículo 90, esto es, dentro de los dos primeros días deberá cada parte acompañar una nómina de los testigos de que piensa valerse, con expresión del nombre y apellido, domicilio y profesión u oficio, sólo pudiendo examinarse los testigos que figuren en dicha nómina.

Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite.

En contra de la resolución que pronuncie el tribunal dando lugar a la apertura de un término especial de prueba es procedente el recurso de apelación, el que deberá concederse en el solo efecto devolutivo.

CAPITULO II

TERMINO DEL JUICIO ORDINARIO EN PRIMERA INSTANCIA

1ª Generalidades

255. CONCEPTO

a) El modo normal de terminar el juicio ordinario en primera instancia y, en general, de toda relación procesal, es la sentencia definitiva; o sea, el acto por el cual el juez pone término a la litis admitiendo o rechazando las pretensiones del actor o del demandado, si ha formulado reconvencción; o, como la define la ley, la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio (art. 158, inc. 2º).

b) Sin embargo, existen otros medios anormales de poner término al juicio ordinario y que son: la conciliación, el avenimiento, el desistimiento de la demanda, el abandono del procedimiento, la transacción y el contrato de compromiso o arbitraje. Pero en estos casos siempre la sentencia será necesaria, aunque ella sólo se limitará a declarar esa circunstancia, pues en caso contrario no podría fundarse válidamente en ella la excepción de cosa juzgada.

c) Nos referiremos en forma muy somera a estos institutos, por cuanto su estudio corresponde a temas especializados, que escapan al objeto del presente trabajo.

2º Forma normal de poner término al juicio ordinario

256. LA SENTENCIA

a) El fin de todo proceso es la sentencia que dicta el juez; con ella se define la litis mediante la declaración del tribunal que admite o rechaza las pretensiones del actor o del demandado, si ha formulado éste reconvencción. "En ella —según dice Alsina— se resume la función jurisdiccional y por ella se justifica el proceso, pues, en éste y mediante la sentencia, se hace efectivo el mantenimiento del orden jurídico."³

b) El artículo 158, inciso 2º, define la sentencia definitiva como la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

Dos son entonces las condiciones que debe reunir: 1º que la resolución que el tribunal dicte ponga fin a la instancia, y 2º que ella resuelva la cuestión o asunto controvertido. Porque hay algunas sentencias que ponen fin a la instancia, tanto en primera como en segunda, y, sin embargo, no son definitivas, ya que no resuelven el asunto controvertido, como por ejemplo la resolución que acoge el desistimiento de la demanda o la que declara prescrito un recurso.

Se entiende que una sentencia resuelve un asunto cuando ella se pronuncia sobre todas las acciones y excepciones interpuestas por las partes en tiempo y forma (art. 170, N° 6º).

257. FORMALIDADES DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

a) La ley determina las formalidades que debe reunir la sentencia definitiva y ellas se refieren tanto a los requisitos generales de toda resolución judicial como a los especiales de ella, contemplados en el artículo 170.

b) En primer lugar, referente a los requisitos generales de toda resolución judicial, la sentencia definitiva debe contener: 1º la expresión en letras del lugar y fecha en que se expide

³ ALSINA, ob. cit., tomo II, pág. 557.

(art. 169, inc. 1º); 2º firma del juez o jueces que la dictan o intervienen en el acuerdo (art. 169, inc. 1º, parte final), y 3º la autorización del secretario (art. 61, inc. final).

c) Respecto a los requisitos especiales de la sentencia definitiva de primera instancia, ellos están contemplados en el artículo 170 y en el auto acordado de fecha 30 de septiembre de 1920 de la Excma. Corte Suprema, sobre la forma de las sentencias.

Las sentencias definitivas de primera instancia constan de tres partes: expositiva, considerativa y resolutive o dispositiva. Nos referiremos a cada una de ellas, en términos generales.

d) 1º *Parte expositiva*. En esta primera parte de la sentencia, el juez hace un resumen de la demanda, contestación, réplica y réplica y de los demás trámites del proceso hasta la citación para oír sentencia. La omisión de esta parte acarrea la nulidad de la sentencia, que se hace efectiva por medio del recurso de casación en la forma (art. 768, N° 5º). Debe contener:

1) La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio, profesión u oficio (art. 170, N° 1º). Son partes la que promueve la acción y aquella contra quien se deduce. Su designación tiene mucha importancia para los efectos de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

2) La enunciaci3n breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos, y las enunciaci3nes de las excepciones o defensas alegadas por el demandado (art. 170, N°s 2º y 3º). El juez debe hacer un resumen de los hechos expuestos en la demanda y en la contestaci3n.

e) 2º *Parte considerativa*. En esta parte de la sentencia, el juez aplica el derecho, operaci3n que comprende tres fases: la reconstrucci3n de los hechos; la determinaci3n de la norma legal aplicable o, en su defecto, los principios de equidad en que se funda el fallo; y el examen de los requisitos para la procedencia de la acci3n. Tiene importancia para los efectos de la motivaci3n de la sentencia, que es la 3nica manera de llevar al 3nimo de los litigantes la convicci3n de que han sido considerados todos los aspectos de la cuesti3n y tomadas en cuenta sus respectivas alegaciones. Esta parte debe contener las enunciaci3nes indicadas en los N°s 4º y 5º del art3culo 170:

"4º Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

"5º La enumeración de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo".

El auto acordado de la Corte Suprema establece en sus Nros 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10, con referencia a la parte considerativa de la sentencia, lo siguiente:

"5º Las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo. Se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión;

"6º En seguida, si no hubiere discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales;

"7º Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes;

"8º Establecidos los hechos, las consideraciones de derecho aplicables al caso;

"9º La enunciacón de las leyes o en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo;

"10º Tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho, el tribunal observará al consignarlas el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera, y, al efecto, se observará, en cuanto pueda ser aplicable a los tribunales unipersonales, lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil".⁴

f) 3º *Parte resolutive y dispositiva*. Es en esta parte donde el juez pronuncia su fallo y es ella la que produce los efectos de cosa juzgada. Establece el artículo 170, N° 6º: "Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tri-

⁴ La referencia a este artículo debe entenderse hecha al 83 del C.O.T.

bunales, contendrán:.... 6º. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas".

El asunto controvertido está constituido, pues, por todas las acciones y excepciones hechas valer oportunamente y en forma.

El artículo 170, en especial su N° 6º, no es más que la ampliación de un principio básico de derecho procesal, que se encuentra consignado en el artículo 160: "Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio".

3º *Formas anormales de poner término al juicio ordinario*

258. ENUMERACION

Las formas anormales de ponerle término al juicio ordinario, y, en general, a todo proceso, son: 1º la conciliación; 2º el avenimiento; 3º el desistimiento de la demanda; 4º el abandono del procedimiento; 5º la transacción, y 6º el contrato de compromiso o arbitraje.

Nos referiremos a ellos, en términos generales.

259. 1º LA CONCILIACION

a) Está contemplada en el Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, artículos 262 al 268.

Esta institución es una novedad introducida al Código de Procedimiento Civil por la reforma de la Ley N° 7.760. Se suscitó controversia sobre la conveniencia o inconveniencia de establecerla; finalmente se resolvió introducirla, pero en forma voluntaria; y sin que los tribunales tengan la obligación de llevar a conciliación. Actualmente, a partir de la dictación de la Ley N° 19.334, además se contempla el llamado a conciliación

como trámite obligatorio en todo juicio civil en que sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, IV y XVI del Libro III, y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313 (art. 262, inc. 1º). Con anterioridad a esta última reforma, sólo en el juicio de mínima cuantía era el llamado a conciliación un trámite obligatorio (art. 711, inc. 2º). En consecuencia, actualmente el llamado a conciliación por el juez puede ser un trámite obligatorio o necesario (art. 262, inc. 1º), o un trámite facultativo (art. 262, inc. final). A continuación nos referiremos al llamado a conciliación facultativo para el juez, por haber tratado el trámite del llamado a conciliación obligatorio o necesario anteriormente (vid. infra 68 c).

b) *Procedencia.* Establece el artículo 262 que en todo juicio civil, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda, el juez podrá en cualquier estado de la causa llamar a las partes a conciliación y proponerles bases de arreglo. Sólo procede en primera instancia y no obsta el ejercicio de esta facultad el llamado a conciliación obligatorio o necesario.⁵

c) *No procede.* Excepcionalmente no procede la conciliación: 1º en el juicio o procedimiento especial ejecutivo por obligación de dar, hacer o no hacer, reglamentado en los Títulos I, II y III del Código de Procedimiento Civil, 2º en el juicio especial sobre derecho legal de retención, reglamentado en el Título III del Libro III del Código de Procedimiento Civil; 3º en el juicio especial sobre citación de evicción, que reglamenta el Título V del Libro III; 4º en los juicios de hacienda, tratados en el Título XVI del Libro III; 5º en aquellos juicios en que no sea legalmente admisible la transacción, y 6º siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313. Todos estos casos están contemplados en el inciso primero del artículo 262.

d) El llamado facultativo a conciliación procede en cualquier estado del juicio (art. 262), pero únicamente en primera instancia y luego de evacuado el trámite de contestación de la demanda. En

⁵ Cabe observar que de acuerdo con la historia fidedigna de la ley la frase "en cualquier estado de la causa" debe entenderse en el sentido de que el juicio debe encontrarse substanciándose en primera instancia; así lo da a entender también el art. 262 con el término "el juez" (nota del profesor Hugo Percira A.).

la práctica, se le ha dado una interpretación extensiva, entendiéndose que puede llamarse a conciliación tanto en primera como en segunda instancia, e incluso en recursos pendientes ante la Excma. Corte Suprema. Desgraciadamente en la modificación introducida por la Ley Nº 19.334 no fue zanjada esta discrepancia entre el texto de la ley y lo que ocurre en la práctica forense.

e) En la práctica, si el juez quiere que las partes lleguen a un acuerdo, las cita a comparendo; al cual pueden asistir por sí o por apoderado con facultades de transigir. El juez, sin embargo, puede exigir la comparecencia personal de las partes, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados (art. 264).

El juez actúa como amigable componedor; tratando de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa (art. 263). Esta última parte de la disposición citada es muy importante y necesaria, ya que, de no existir, el juez no podría llamar a avenimiento ni proponer bases de arreglo, pues podría ser inhabilitado por prejuzgamiento.⁶

f) El artículo 266 da al tribunal una facultad que generalmente no posee: puede ordenar agregar de oficio aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes para los efectos de la conciliación.

g) La audiencia en la que se verifica la conciliación puede suspenderse hasta por media hora para que las partes puedan deliberar, si ellas lo piden (art. 265, 1ª parte).

También puede el tribunal, si lo estima necesario, postergar la audiencia para dentro de tercero día, salvo que las partes acuerden un plazo mayor. De ello debe dejarse constancia en autos y a la nueva audiencia las partes concurrirán sin nueva notificación (art. 265, parte final).

h) El artículo 267 establece: "De la conciliación total o parcial se levantará acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo; la cual subscribirán el juez, las partes que lo descenden y el secretario, y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales".

En el llamado a conciliación facultativo, si se rechaza la conciliación...

⁶ Vid. art. 195, Nº 8º, del C.O.T.

liación o no se verifica el comparendo, el secretario deberá certificar este hecho, y la causa seguirá su curso.

260. 2º EL AVENIMIENTO

El avenimiento es el acuerdo de las partes para poner término a un juicio pendiente, en el cual no tiene una intervención activa el tribunal, limitándose éstas a presentarlo para el conocimiento del órgano jurisdiccional.

Es importante distinguir el avenimiento de la conciliación por la distinta forma de configuración de un título ejecutivo respecto de ellos. El avenimiento es título ejecutivo cuando consta en un acta pasada ante tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o por dos testigos de actuación (art. 434 Nº 3). En cambio, el acta de conciliación, que debe ser suscrita no sólo por las partes, sino que por el juez y el secretario, se estima como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales (art. 267), y como tal configura un título ejecutivo contemplado en el Nº 1 del artículo 434.

El acuerdo con que las partes ponen término a un juicio tiene el doble carácter de contrato y de actuación judicial. Como actuación judicial, y una vez aprobado por el tribunal, no puede reclamarse de él, por haber puesto término a la litis, por vía incidental, ya que todo incidente, como cuestión accesoria al juicio mismo, debe alegarse *in limine litis*. Como contrato, los defectos de que puede adolecer deben ser reclamados en juicio de lato conocimiento. Al aceptar el juez a tramitación, por la vía incidental, la nulidad y subsidiariamente la resolución del convenio por el que las partes habían puesto término al juicio, ha incurrido en un vicio del procedimiento que corresponde al tribunal de alzada corregir de oficio (C. de La Serena, 22.5.1975, R.D.J., tomo LXXIII, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 119; C. de La Serena, 9.6.1978, R.D.J., tomo LXXV, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 223).

261. 3º EL DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA

a) El desistimiento de la demanda consiste en el retiro de ésta que hace el actor después de notificado, o sea, después que se ha creado la relación procesal.

b) Antes de notificarse la demanda puede ella retirarse, sin que constituya desistimiento, sino lisa y llanamente retiro de la demanda. Al efecto, establece el artículo 148: "Antes de notificada una demanda al reo, podrá el actor retirarla sin trámite alguno, y se considerará como no presentada". El retiro de la demanda no produce efecto jurídico alguno.

Después de notificada no puede haber retiro, sino desistimiento. Agrega el artículo 148: "Después de notificada, podrá en cualquier estado del juicio desistirse de ella ante el tribunal que conozca del asunto, y esta petición se someterá a los trámites establecidos para los incidentes".

c) *Efectos*. Lo más importante en el desistimiento de la demanda es el efecto jurídico que él produce y que está indicado en el artículo 150: "La sentencia que acepte el desistimiento, haya o no habido oposición, extinguirá las acciones a que él se refiera, con relación a las partes litigantes y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que se pone fin". Esto significa que se producen los efectos de la cosa juzgada respecto de las acciones hechas valer en la demanda. Pero para que ese efecto se produzca es necesario que haya una resolución —y que debe encontrarse ejecutoriada— que acepte el desistimiento. No basta, pues, la sola petición de la actora solicitando el desistimiento de la demanda.

Si la demanda ha sido dirigida contra dos o más personas, el desistimiento afectará a todas ellas; salvo que se especifique respecto de quién se desiste.

d) *Tramitación*. El desistimiento debe tramitarse como incidente (art. 148). Dentro del plazo de tres días la parte demandada puede responder oponiéndose al desistimiento o bien aceptándolo condicionalmente o en todas sus partes. En todo caso, si ha habido oposición, el tribunal resolverá si continúa o no el juicio, o en qué forma debe tenerse por desistido al demandante (art. 149).

e) *Naturaleza de la resolución*. La resolución que acoge el desistimiento es una sentencia interlocutoria, pues falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes (art. 158, inc. 3º). Contra ella proceden todos los recursos legales.

f) *Desistimiento de la acción reconvenional*. Estatuye el artículo 151: "El desistimiento de las peticiones que se formulen por vía

de reconciliación se entenderá aceptado, sin declaración expresa, por el hecho de proponerse; salvo que la parte contraria deduzca oposición dentro de tercero día después de notificada. En este caso se tramitará la oposición como incidente y podrá su resolución reservarse para la sentencia definitiva.

262. 4º EL ABANDONO DEL PROCEDIMIENTO

a) Está reglamentado en el Título XVI del Libro I del Código de Procedimiento Civil, habiendo la Ley Nº 18.705 substituído la denominación de éste "Del Abandono de la Instancia" por la "Del Abandono del Procedimiento".

El procedimiento se extingue por el solo transcurso del tiempo cuando los litigantes no insten a su prosecución dentro de los plazos señalados por la ley. Establece el artículo 152: "El procedimiento se entiende abandonado cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos".

b) *Condiciones.* El abandono del procedimiento requiere la concurrencia de tres condiciones: 1º procedimiento pendiente; 2º inactividad procesal, y 3º tiempo.

c) *Efectos.* Lo que se pierde con el abandono del procedimiento no es la acción (pretensión), sino el procedimiento, o sea, las actuaciones en el proceso. Dice el artículo 156:

"No se entenderán extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes; pero éstas perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio.

"Subsistirán, sin embargo, con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos".

d) *Juicios en que procede.* Procede, por regla general, en todos los juicios. Excepcionalmente no se puede alegar el abandono del procedimiento en los juicios de quiebra, en los de división o liquidación de herencias, sociedades o comunidades (art. 157).

e) *Hasta qué momento puede declararse abandonado el procedimiento.* Dice el artículo 153: "El abandono podrá hacerse valer

sólo por el demandado, durante todo el juicio y hasta que se haya dictado sentencia ejecutoriada en la causa" (inc. 1º).

f) *Cómo se hace valer.* Puede hacerse valer sólo por el demandado y por vía de acción o de excepción. Se hace valer por vía de acción cuando el demandado pide al tribunal que se tenga por abandonado el procedimiento, en razón de haber transcurrido seis meses sin que las partes hayan hecho gestión alguna para proseguir su acción. Y se hace valer por vía de excepción cuando, habiendo presentado el actor algún escrito tendiente a obtener la prosecución del procedimiento luego de transcurrido el plazo de seis meses contados desde la fecha de la última resolución recaída en gestión útil, el demandado le opone entonces, como excepción, el abandono del procedimiento, alegando que proceden todas las condiciones para declararlo.

g) *Tramitación.* Se tramita como incidente; y la resolución que en él incida será una sentencia interlocutoria, contra la cual proceden todos los recursos legales, incluso casación.

263. 5º LA TRANSACCIÓN

a) La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, haciéndose concesiones recíprocas.

b) *Elementos constitutivos.* Siendo la transacción un contrato, debe reunir todos los requisitos de los contratos.

Además de los requisitos comunes a todo contrato, debe reunir los dos siguientes elementos que le son propios: 1º existencia o perspectiva de un litigio, y 2º que las partes se hagan concesiones recíprocas.

c) *Efectos.* De acuerdo con el artículo 2460 del Código Civil, la transacción produce los mismos efectos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

La transacción no produce efecto sino entre los contratantes (art. 2461 del C.C.).

La transacción es un contrato que puede anularse no sólo por las disposiciones contenidas en el título de la transacción, sino en conformidad a las reglas generales, especialmente si adolece de objeto ilícito en cuanto al contenido de

una de sus cláusulas (Cas. fondo, 2.7.1975, R.D.J., tomo LXXII, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 76).

264. 6º EL CONTRATO DE COMPROMISO O ARBITRAJE

a) El compromiso es un contrato por el cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos presentes o futuros al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan.

b) El objeto del compromiso es derogar el orden normal de las jurisdicciones, substraendo la decisión de ciertos asuntos a los tribunales que corresponden según la ley y defiriéndola a un tribunal arbitral que los propios interesados establecen.⁷

Por esa razón, entonces, celebrado un contrato de compromiso entre litigantes, ello implica una renuncia al conocimiento de las controversias por la autoridad judicial,⁸ y el proceso no puede seguir substanciándose ante el tribunal ordinario que lo conocía.

c) El compromiso, siendo un contrato, debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todo contrato: 1º consentimiento no viciado; 2º capacidad de las partes; 3º objeto lícito; 4º causa lícita, y 5º solemnidades.

El arbitraje es un contrato solemne, pues debe constar por escrito (art. 234 del C.O.T.).

d) *Contenido.* El compromiso debe contener, esencialmente, un acuerdo de voluntades destinado a dar competencia a ciertos árbitros para que conozcan determinados asuntos.⁹

Las cláusulas esenciales del arbitraje, que no pueden faltar, porque en caso contrario el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro acto (art. 1444 del C.C.), son: la individualización de las partes, el sometimiento de las mismas a la jurisdic-

ción arbitral, la determinación del asunto que se compromete y la designación del tribunal de árbitros (art. 234 del C.O.T.).

e) Uno de los efectos que produce el contrato de compromiso, y el que nos interesa, es el siguiente: si el asunto que se compromete es materia de un pleito ya incoado ante jueces ordinarios, éste debe paralizarse en el estado en que se halla al tiempo del compromiso. Todo acto de prosecución del juicio ante el tribunal en que estaba radicado y la sentencia definitiva que éste pueda dictar, adolecen de nulidad procesal.¹⁰ Con el contrato de compromiso termina el juicio.

⁷ MATTEOLO, LUIS, *Tratado de Derecho Judicial Civil*, tomo I, págs. 727 y 728; citado por AYLWIN A., PATRICIO, *El juicio arbitral*, Memoria de prueba, pág. 130.

⁸ CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, pág. 127; citado por AYLWIN, ob. cit., pág. 130.

⁹ AYLWIN, ob. cit., pág. 164.

¹⁰ AYLWIN, ob. cit., pág. 186.

ANEXO

ACUERDO DEL PLENO DE LA CORTE SUPREMA DE 6 DE ABRIL DE 2004 Y NUEVA TABLA DE EMPLAZAMIENTO (DIARIO OFICIAL DE 20 DE MAYO DE 2004)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TABLA DE EMPLAZAMIENTO

A regir transcurridos 60 días desde esta publicación

"En Santiago a seis de abril de dos mil cuatro, se deja constancia que con fecha dos de abril recién pasado, se reunió el Tribunal Pleno, presidido por su subrogante don Hernán Álvarez García y con la asistencia de los Ministros señores Benquis, Tapia, Gálvez, Chaigneau, Rodríguez, Cury, Pérez, Álvarez Hernández, Marín, Yurac, Espejo, Medina, Kokisch, Juica y Oyarzún, examinándose la necesidad de actualizar la tabla de emplazamiento a la que alude el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

Tomándose especialmente en consideración:

- a. El acuerdo de pleno de esta Corte, de fecha 11 de marzo de 1999, que determinó la Tabla de Emplazamiento y de términos de prueba, a regir por el período comprendido entre el 1º de marzo de ese año y el último día del mes de febrero de 2004;

b. Las diversas variaciones que se han producido a la fecha y que deben reflejarse en la conformación de esa tabla, en términos de incorporar a ella los nuevos tribunales creados por la ley, de excluir localidades que ya no sirven de asiento a ningún tribunal y de adecuar la ubicación de otras comunas a la actual regionalización del país;

c. La necesidad de revisar integralmente los días de aumentos asignados en esa tabla, producto de las reales y modernas posibilidades de comunicación imperantes en el país, lo que, en la mayor parte de los casos, determina la reducción de tales aumentos, tanto dentro del territorio de la República como fuera de ella;

Y visto lo ordenado en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, se acuerda:

1. Establecer como nueva Tabla de Emplazamiento, que empezará a regir a contar de los sesenta días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial y hasta el último día del mes de febrero del año dos mil nueve, la que se especifica en el documento anexo de igual denominación que se incorpora con esta fecha a los autos administrativos N° 60-2004, cuyo ejemplar certificado por el Secretario de este Tribunal, deberá tenerse como parte integrante de este acuerdo para todos los efectos pertinentes.

2. Extender o prorrogar la vigencia de la Tabla de Emplazamiento determinada por acuerdo de pleno de esta Corte de 11 de marzo de 1999, desde el 1 de marzo de 2004 y hasta el día anterior al de la entrada en vigencia de la nueva tabla que ha quedado precedentemente fijada.

Comuníquese a las Cortes de Apelaciones del país, las que a su vez deberán comunicarlo tanto a todos los tribunales de su jurisdicción, especialmente para los fines previstos en el artículo 259 inciso final del Código de Procedimiento Civil, como a las facultades de derecho de las Universidades correspondientes a su misma jurisdicción.

Asimismo, comuníquese al Ministerio de Justicia, a los Colegios de Abogados o Asociaciones Gremiales respectivas, a la Dirección de Comunicaciones de esta Corte, para su adecuada difusión, y a la Dirección de la Unidad de Estudios, Análisis y Evaluación de este Tribunal.

Publíquese este acuerdo y la Tabla de Emplazamiento determinada por su intermedio, en el Diario Oficial e incorpóreseles en la página 'web' del Poder Judicial". La nueva Tabla de Emplazamiento establecida por el Tribunal de la Corte Suprema es la siguiente:

BIBLIOGRAFIA

I. FUENTES LEGALES¹

Código de Procedimiento Civil. En "Códigos de la República de Chile". Edición oficial de la Universidad de Chile. Volumen 7. Valparaíso. Imprenta y Litografía Universo S.A., 1945.

Código de Procedimiento Civil. En "Los Códigos Chilenos Anotados". Orígenes, Concordancia y Jurisprudencia, por Santiago Laño. Santiago Poblete Cruzat Hnos. Editores, 1818.

Código de Procedimiento Civil de la República de Chile. Concordancia y Jurisprudencia, por Franklin Otero Espinosa. Santiago. Librería de Juan Nacimiento, 1913.

Código de Procedimiento Civil Anotado, por David Toro y Melo y Aníbal Echeverría y Reyes. Santiago. Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1902.

Código de Procedimiento Civil. Proyecto del año 1893. Santiago. Imprenta Nacional, 1893.

Código de Procedimiento Civil. Proyecto revisado por la Comisión Mixta de Senadores y Diputados. Santiago. Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1902.

Actas de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados. Santiago. Imprenta Nacional, 1901.

¹ Esta edición ha sido actualizada de acuerdo con las últimas ediciones oficiales de los Códigos de la República publicados por la Editorial Jurídica de Chile, y las leyes complementarias correspondientes.

- Código Civil*. En "Códigos de la República de Chile". Edición oficial de la Universidad de Chile. Volumen 6. Valparaíso. Imprenta y Litografía Universo S.A., 1945.
- Código de Comercio*. En "Códigos de la República de Chile". Edición oficial de la Universidad de Chile. Volumen 8. Valparaíso. Imprenta y Litografía Universo S.A., 1945.
- Código Orgánico de Tribunales*. En "Códigos de la República de Chile". Edición oficial de la Universidad de Chile. Volumen 2. Santiago. Imprenta y Litografía Universo S.A., 1945.
- Código Penal*. En "Códigos de la República de Chile". Edición oficial de la Universidad de Chile. Volumen 3. Valparaíso. Imprenta y Litografía Universo S.A., 1945.
- Código de Procedimiento Penal*. En "Códigos de la República de Chile". Edición oficial de la Universidad de Chile. Volumen 4. Valparaíso. Imprenta y Litografía Universo S.A., 1945.
- Constitución Política de la República de Chile*. En "Códigos de la República de Chile". Edición oficial de la Universidad de Chile. Volumen 1. Valparaíso. Imprenta y Litografía Universo S.A., 1945.
- Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 1881*. En "Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos".

2. FUENTES DOCTRINARIAS

A) Obras

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, *Derecho Civil*, Segundo Año. Primera Parte: "Teoría de las Obligaciones". Versiones taquigráficas de Ramón Latorre Zúñiga. 3ª edición corregida. Santiago de Chile. Librería y Editorial Zamorano y Caperán, 1939.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, *Derecho Civil*, Segundo Año. "De los Contratos". Versión taquigráfica de sus explicaciones de clase. Imprenta Editorial Bellas Artes. Santiago de Chile, 1930.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO, *Explicaciones de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal*, tomo I. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1935.

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO, *Curso de Derecho Procesal*, 3ª edición. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1940.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO, *Código Orgánico de Tribunales*. Apuntes de clases. Edición mimeografiada. Editorial Universitaria, 1947.
- ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 3 tomos. Tomo I: "Parte General", 1941. Tomo II: "Juicio Ordinario", 1942. Tomo III: "Ejecución Forzada y Juicios Especiales", 1943. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires.
- AYLWIN A., PATRICIO, *El Juicio Arbitral*. Memoria de Prueba. Santiago. "El Imparcial", 1943.
- BALLESTEROS, MANUEL E., *Ley Orgánica de Tribunales*, 2 tomos. Santiago. Imprenta Nacional, 1890.
- BENAVENTE G., DARIO, *El Juicio Ordinario*. Curso de Derecho Procesal. II Año. Apuntes de sus clases redactados por Manuel Vargas e Ignacio Rodríguez. Edición mecanografiada. Santiago, 1944, 311 páginas.
- BENAVENTE G., DARIO, *Apuntes de Código Orgánico de Tribunales*. Apuntes de sus clases redactados por Manuel Vargas e Ignacio Rodríguez. Edición mecanografiada. Santiago, 1944.
- BERTOLONI FERRO, ABRAHAM, *El Procedimiento Civil y el Orden Político y Jurídico*. En "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina". Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1946.
- CARNELLI, LORENZO, *Las Máximas de Experiencia en el Proceso de Orden Dispositivo*. En "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina". Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1946.
- CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de Derecho Procesal Civil*. 4 tomos. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. Buenos Aires 1944.
- CIARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*, tomo III. Imprenta Nascimento. Santiago, 1939.
- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Aniceto López, Editor. Buenos Aires, 1942.
- COUTURE, EDUARDO J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I: "La Constitución y el Proceso Civil". Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1948.

CHIOVENDA, JOSE, *Principios de Derecho Procesal Civil*, 2 tomos. Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del profesor José Casais Santaló. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1941.

CHIOVENDA, JOSE, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbanca. Volumen I: "Conceptos Fundamentales. La Doctrina de las Acciones", 1940. Volumen II: "Las Relaciones Procesales (La Jurisdicción y los Sujetos del Proceso)", 1940. Volumen III: "Las Relaciones Procesales (Continuación). La relación procesal ordinaria de conocimientos", 1940. Editorial de Derecho Privado. Madrid.

DE AMESTI, ROMAN, *De la Confesión en Juicio*. Memoria de Prueba. Establecimientos Gráficos Balcalls y Co. Santiago, 1930.

DEVIS FCHANDIA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Zavalia Editor, 1988.

ESPINOSA FUENTES, RAUL, *El Juicio Ejecutivo*. Memoria de Prueba. En "Colección de Estudios Jurídicos", publicada bajo la dirección de Luis Errázuriz. Talleres Gráficos "Simiente". Santiago, 1944.

ESPINOSA SOLIS DE OVANDO, ALEJANDRO, *De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil*. Memoria de Prueba. En "Colección de Estudios Jurídicos", publicada bajo la dirección de Luis Barriga Errázuriz. Editorial Nascimento.

FOIGNET, RENE, *Manuel Élémentaire de Procédure Civil*. París, 1923.

FONTECILLA RIQUELME, RAFAEL, *Derecho Procesal Penal*. 2 tomos. "El Imparcial". Santiago, 1943.

FRAMARINO DEL MALATESTA, NICOLAS, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. 2 tomos. La España Moderna, Madrid, s/f.

GAETE BERRIOS, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*. Empresa Editora Zig-Zag S.A. Santiago, 1943.

GOLDSCHMIDT, JAMES, *Teoría General del Proceso*, tomo I. Edit. Labor. Bib. de Iniciación Cultural. Barcelona, 1936.

HOYOS HENRECHSON, FRANCISCO, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica de Chile, 1987.

LIRA, JOSE BERNARDO, *Prontuario de los Juicios*. Imp. "El Correo". Santiago de Chile, 1886.

LOPEZ LOPEZ, OSVALDO, *El Derecho Procesal Chileno en la Cátedra*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1946.

MAIRA, MANUEL ANTONIO, *Explicaciones de Derecho Procesal*. Santiago, 1925.

MANRESA y NAVARRO, JOSE MARIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada*. Madrid, 1940.

MILLAR, ROBERT WYNNESS, *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Traducción del inglés y notas por las Dra. Catalina Grossmann. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires, s/f.

MONTESINOS RAMIREZ, REINALDO, *De las Resoluciones Judiciales en el Procedimiento Ordinario*. Memoria de Prueba. Imp. Dirección General de Prisiones. Santiago de Chile, 1948.

PALMA ROGERS, GABRIEL, *Derecho Comercial*, 2 tomos. Editorial Nascimento, 1941.

PEREIRA ANABALON, HUGO, *Curso de Derecho Procesal*. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico. Editorial Jurídica Conosur, 1993.

PETTI, EUGENIO, *Trabajo Elemental de Derecho Romano*. Editorial Saturnino Calleja S.A. Madrid, 1926.

PLAZA, MANUEL DE LA, *Derecho Procesal Civil Español*. Volumen I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, s/f.

RICCI, FRANCISCO, *Tratado de las Pruebas*, 2 tomos. Editorial La España Moderna. Madrid, s/f.

SANTA CRUZ SERRANO, VICTOR, *Las Nulidades Procesales en el Código de Procedimiento Civil Chileno*. Memoria de Prueba. Editores Fco. Cerrut V. y A. Vodanovic H. Santiago de Chile, 1942.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO, *El Allanamiento a la Demanda*. En "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina". Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1946.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho de Familia*. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1946.

STOEHRER M., CARLOS ALBERTO, *De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento*. Imprenta Cultura. Santiago de Chile, 1948.

STOEHRER M., CARLOS ALBERTO, *De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes*. Quinta Edición. Editorial Jurídica de Chile, 1993.

- STOEHRER M., CARLOS ALBERTO y MUÑOZ SALAZAR, MARIO; *Curso de Procedimiento Civil*. De los Juicios de Mejor y Mínima Cuantía; Del Procedimiento Sumario; De los Procedimientos Especiales; Teoría General de los Actos Judiciales no Contenciosos. Basado en las clases de don Fdo. Alessandri R., Artes y Letras Ltda. Santiago, 1944.
- URRUTIA SALAS, MANUEL, *Nulidades Procesales*. Anales de la Universidad de Chile, 1^{er} trimestre del año 1929.
- URRUTIA SALAS, MANUEL, *Manual de Derecho Procesal*. Manuales Jurídicos N° 11. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1949.
- VARELA VARELA, RAUL, *Curso de Derecho Comercial*. Primera Parte. "Derecho Marítimo". Apuntes de sus clases redactados por Manuel Vargas V. Edit. Vásquez. Edición mimeografiada. Santiago, 1946.
- VARELA VARELA, RAUL, *Curso de Derecho Comercial*. Segunda Parte. "Derecho de Quiebras". Apuntes de sus clases redactados por Manuel Vargas V. Edición mecanografiada, 1946.
- VELASCO LETELIER, EUGENIO, *Curso de Derecho Civil*. Primer Año. Apuntes de sus clases redactados por Manuel Vargas. Edición mecanografiada. Capítulo IX: "De la Teoría de la Prueba", 1943.
- VELASCO SANTELICES, RODRIGO, *La Pretensión en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1988.
- VERLANGA HUERTA, FERMIN, *El Juicio Ordinario*. Tomo 1^o. Librería de Ríos, calle de Carretas N° 33. Madrid, 1841.
- VODANOVIC H., ANTONIO, *Curso de Derecho Civil*. Tomo III. "De las Obligaciones". Basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri R., y Manuel Somarriva U. Capítulo X: "De la Prueba de las Obligaciones". Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1941.
- VODANOVIC H., ANTONIO, *Contrato de Transacción*. Editorial Jurídica. Edición Conosur Ltda., 1985.
- WERHT LÜBBERT, OMAR, *De la Prueba Documental*. Memoria de Prueba. Imprenta Nacional. Santiago, 1929.

B) Artículos de revistas y varios

- ESCRICHE, JOAQUIN, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Madrid, 1872.
- MINDEZ EYSSAUTIER, HECTOR, "De la Alegación de la Prescripción". En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo XLIII, parte primera, pág. 101.
- SANTA CRUZ SERRANO, VICTOR, *El Instrumento Público*. En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo XXXVIII-1-142 y tomo XXXIX-1-5.
- SILVA FERNANDEZ, PEDRO, *El Procedimiento de la Conciliación*. En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo XLI-1-101.
- URRUTIA SALAS, MANUEL, *Orientaciones del Derecho Procesal*. En *Actuales Orientaciones del Derecho*. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1942.
- VARELA VARELA, RAUL, *Valor Probatorio de la Confesión Judicial sobre hechos personales frente a otras pruebas que la contradigan*. En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo XXV-1-60.
- Colección de la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
- Colección de la Gaceta de los Tribunales.

NOMINA DE ABREVIATURAS FRECUENTEMENTE USADAS EN ESTA OBRA

art.	artículo
arts.	artículos
C.C.	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
C.O.T.	Código Orgánico de Tribunales
C. del T.	Código del Trabajo
C.P.	Código Penal
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil
C.P.P.	Código de Procedimiento Penal
C. Sup.	Corte Suprema
C. de Concepción	Corte de Apelaciones de Concepción
C. de Chillán	Corte de Apelaciones de Chillán
C. de Iquique	Corte de Apelaciones de Iquique
C. de La Serena	Corte de Apelaciones de La Serena
C. de Santiago	Corte de Apelaciones de Santiago
C. de Tacna	Corte de Apelaciones de Tacna
C. de Talca	Corte de Apelaciones de Talca
C. de Temuco	Corte de Apelaciones de Temuco

C. de Valdivia	Corte de Apelaciones de Valdivia
C. de Valparaíso	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Const. Pol.	Constitución Política de la República de Chile
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
G.T.	Gaceta de los Tribunales
pág.	página
págs.	páginas
p. ej.	por ejemplo
Rev.	Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales
U.T.M.	unidades tributarias mensuales
Vid.	ver, véase, véanse.

INDICE

INTRODUCCION

1. Conceptos previos	7
2. Características del procedimiento en Chile	9
3. Clasificación de los procedimientos	10
4. El juicio ordinario de mayor cuantía. Sus características e importancia	12
5. Aplicación de las reglas del juicio ordinario a los casos no le- gislados especialmente	13
6. Aplicación subsidiaria de las reglas del juicio ordinario en los juicios especiales	14
7. Estructura del juicio ordinario	15
8. Plan de estudio	17

PRIMERA PARTE

PERIODO DE LA DISCUSION

Capítulo I

MANERA DE INICIAR EL JUICIO: LA DEMANDA

1º Generalidades

9. Recapitulación	21
10. Concepto	21
11. Importancia	23
12. Casos en que la demanda es obligatoria	23
13. Efectos de la demanda	24
14. Modificación de la demanda	25

2º Contenido y forma de la demanda

15. Requisitos de toda demanda.....	27
16. Requisitos de todo escrito.....	27
17. Requisitos especiales de toda demanda.....	28

3º Documentos que se acompañan a la demanda

18. No es obligatorio que la demanda se presente con los documentos en que se funda.....	30
19. Consecuencias que tenía la omisión de acompañar los documentos fundantes.....	30

4º Cómo se provee la demanda

20. Providencia.....	31
----------------------	----

5º Casos en que el juez puede de oficio no dar curso a la demanda

21. El tribunal no está obligado a dar curso a la demanda.....	32
--	----

6º El emplazamiento

22. Concepto.....	33
23. 1º Notificación de la demanda.....	33
24. 2º Término de emplazamiento.....	34
25. Término de emplazamiento para el demandado que es notificado dentro de la comuna en que funciona el tribunal.....	34
26. Término de emplazamiento para el demandado que es notificado fuera del territorio jurisdiccional que sirve de asiento al tribunal.....	35
27. Término de emplazamiento para el caso que haya varios mandados.....	36
27 A. Término de emplazamiento para el caso que haya varios demandantes.....	36
28. Efectos del emplazamiento.....	38
29. El demandado no se defiende.....	39
30. El demandado se defiende.....	40

Capítulo II

LAS EXCEPCIONES DILATORIAS

1º Generalidades

31. Concepto.....	41
2º Estudio particular de las excepciones dilatorias	
32. Enumeración.....	42
33. Incompetencia.....	42
34. Incapacidad y falta de personería.....	47
35. Litispendencia.....	49
36. Ineptitud del libelo.....	51
37. Beneficio de excusión.....	52
38. Otras excepciones dilatorias.....	53

3º Excepciones perentorias que pueden oponerse como dilatorias

39. Enumeración.....	53
----------------------	----

4º Excepciones dilatorias que pueden oponerse en segunda instancia

40. Enumeración.....	54
----------------------	----

5º Tramitación

41. Oportunidad en que deben oponerse.....	54
42. Forma como deben oponerse.....	55
43. Procedimiento.....	55
44. Aplación de la resolución que falla las excepciones dilatorias.....	56

6º La excepción dilatoria y el incidente de nulidad

45. Concepto.....	58
-------------------	----

Capítulo III

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEMÁS TRÁMITES
HASTA EL ESTADO DE PRUEBA O SENTENCIA

Primera Sección

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1º Generalidades

46. Recapitulación	60
47. Concepto	61

2º Forma y contenido de la contestación

48. Requisitos externos	63
49. Contenido de la contestación	64
50. Excepciones y alegaciones o defensas	64
51. Excepciones perentorias que pueden oponerse en cualquier estado del juicio	71
52. Tramitación de las excepciones que pueden oponerse en cualquier estado del juicio	72
53. No es obligatorio que la contestación de la demanda se presente con los documentos que le sirven de fundamento	73

3º Contestación ficta de la demanda

54. La rebeldía. Efectos	73
--------------------------------	----

4º Aceptación de la demanda

55. El demandado se allana a la demanda	75
56. El demandado no contradice los hechos	76
57. Tramitación	76

5º La reconvencción

58. Concepto	77
59. Condiciones para que proceda la reconvencción	78
60. Requisitos de forma de la reconvencción	79
61. Quién puede reconvenir	79
62. Tramitación y fallo	80

Segunda Sección
RÉPLICA Y DÚPLICA

1º Réplica

63. Generalidades	81
64. Plazo para replicar	81
65. Escrito de réplica	81
66. Resolución y notificación	83

2º Dúplica

67. Concepto	84
--------------------	----

3º Término del período de discusión

68. Término del período de discusión. Llamado a conciliación obligatorio o necesario	84
--	----

SEGUNDA PARTE

PERIODO DE LA PRUEBA

Capítulo I

LA PRUEBA EN GENERAL

1º Generalidades

69. Concepto	91
--------------------	----

2º Objeto de la prueba

70. Concepto	93
71. Prueba del derecho	93
72. Prueba de los hechos negativos	94

3º Carga de la prueba

73. Concepto	95
74. Regla general	96

4º Procedimiento

75. Recapitulación.....	97
76. Apertura de la causa a prueba.....	98
77. Notificación de la resolución que ordena recibir la causa a prueba.....	100
78. Recursos que proceden contra la interlocutoria de prueba.....	100
79. Apelación de la resolución que niega la recepción de la causa a prueba.....	102
80. Apelación de la resolución que acoge la reposición de la interlocutoria que recibe la causa a prueba.....	103
81. Ampliación de la prueba.....	103
82. Requisitos para que se practique una diligencia probatoria.....	104
83. Obligación de la parte que quiera rendir prueba testimonial.....	105

5º Término probatorio

84. Concepto.....	107
85. Características del término probatorio.....	108
86. Clasificación.....	109
87. 1º Término probatorio ordinario.....	109
88. 2º Término probatorio extraordinario.....	110
89. Juicios en que procede.....	110
90. Cuándo debe pedirse.....	111
91. Cómo corre ese aumento.....	111
92. Donde puede rendirse la prueba durante el término extraordinario.....	111
93. Diferencias entre el término extraordinario para rendir prueba dentro del territorio de la República y en el extranjero.....	112
94. Incidencias a que puede dar lugar la solicitud de aumento extraordinario del término probatorio.....	113
95. Sanción en que incurre el litigante temerario.....	114
96. 3º Término probatorio especial o especial de prueba.....	115
97. Obligación que tiene la parte afectada por el entorpecimiento.....	115
98. Caso de impedimento tratado por el artículo 339, inciso final.....	116
99. Caso de impedimento tratado por el artículo 340, inciso 2º.....	117
100. Caso de impedimento tratado por el artículo 340, inciso final.....	117
101. Término especial de prueba señalado en el artículo 159, inciso 3º.....	118
102. Término especial de prueba señalado en los incisos 2º y 3º del artículo 402.....	118
103. Término especial de prueba señalado en el artículo 376.....	119

6º Los medios de prueba

104. Concepto.....	119
--------------------	-----

105. Medios de prueba que pueden ser objeto de apreciación por el tribunal.....	119
106. Clasificación de los medios de prueba.....	120
107. Reglas reguladoras de la prueba.....	121
108. Pruebas legales, reglas de la sana crítica y de la libre convicción.....	123
109. Ventajas e inconvenientes de la prueba judicial y de la prueba legal.....	124

Capítulo II

PRUEBA INSTRUMENTAL

1º Generalidades

110. Concepto y clasificación.....	126
------------------------------------	-----

2º Instrumentos públicos

111. Concepto.....	128
112. Requisitos.....	128
113. Clasificación.....	129

3º Las escrituras públicas

114. Concepto.....	129
115. Requisitos.....	130
116. De la protocolización.....	132
117. Importancia de la protocolización.....	132

4º Agregación en juicio

118. Instrumentos que deben ser considerados públicos en juicio.....	133
119. A iniciativa de quién se produce la prueba instrumental.....	135
120. Instrumentos en poder de un tercero o de la contraparte.....	135
121. Cómo deben agregarse los documentos públicos al proceso.....	136
122. Oportunidad en que debe rendirse la prueba instrumental.....	137
123. Instrumentos públicos otorgados en país extranjero.....	137
124. Instrumento otorgado en lengua extranjera.....	139

5º Valor probatorio de los instrumentos públicos

125. Concepto.....	140
126. Valor probatorio entre las partes.....	140
127. Valor probatorio respecto a terceros.....	142
128. Autenticidad.....	143

6º Impugnación

129. Modos de impugnación de los instrumentos públicos	143
130. 1º Impugnación por vía de nulidad	144
131. 2º Impugnación por falta de autenticidad	144
132. Impugnación de la verdad de las declaraciones de las partes	147
133. Formas de impugnar el instrumento público	147
134. 1º Por vía principal	148
135. 2º Por vía incidental	148

7º Instrumentos privados

136. Definición	148
137. Valor de los instrumentos privados firmados ante notario	150
138. Agregación en juicio	150

8º Autenticación

139. Concepto	152
140. Instrumento privado emanado de la parte contraria	152
141. Reconocimiento expreso	153
142. Reconocimiento tácito	153
143. Reconocimiento judicial	154
144. Instrumento privado emanado de un tercero	155

9º Valor probatorio del instrumento privado

145. Distinción	156
146. 1º Instrumentos no reconocidos	156
147. 2º Instrumentos reconocidos	157

10º Cotejo de letras

148. Concepto	157
149. Procedimiento	158
149 A. Documento electrónico	158

Capítulo III

PRUEBA TESTIMONIAL

1º Los testigos

150. Concepto	163
151. Clasificación	164
152. Condiciones que deben reunir los testigos	165

2º Admisibilidad de la prueba de testigos

153. Concepto	165
154. Prueba de los hechos	166
155. Prueba de las obligaciones	166

3º Obligaciones de los testigos

156. Generalidades	168
157. Personas que no están obligadas a declarar	170
158. Personas que no están obligadas a comparecer	171

4º Procedimiento

159. Lista de testigos y minuta de puntos de prueba	174
160. A iniciativa de quién se produce la prueba testimonial	174
161. Oportunidad para rendirla	174
162. Recepción de la testimonial	176
163. Ante quién se presta la declaración	176
164. Juramento	177
165. Orden de las declaraciones	177
166. Cuántos testigos pueden incluirse en la lista y cuántos pueden admitirse a declarar	178
167. Examen de los testigos	179
168. El testigo no habla o no entiende castellano	180
169. Reconocimiento de documentos	181
170. Cómo se consignan las declaraciones	182

5º La tachas

171. Concepto	182
172. Clasificación de las inhabilidades	183
173. Inhabilidades absolutas	183
174. Inhabilidades relativas	185
175. Quién puede oponer la tacha	186
176. Oportunidad para oponerla	187
177. Prueba sobre tachas	189
178. Apreciación de tachas	189
179. Tachas de tachas	190

6º Valor probatorio de la prueba testimonial

180. Generalidades	191
181. Distinción	192
182. Declaraciones de los testigos de oídas	192
183. Declaraciones de los testigos presenciales	193

184. Cuando aprecia el tribunal el valor probatorio de la testimonial	197
---	-----

Capítulo IV

PRUEBA CONFESIONAL

1º Generalidades

185. Concepto	198
186. Admisibilidad de la confesión como medio probatorio	199
2º Elementos de la confesión	
187. Principio general	200
188. Capacidad	200
189. Objeto	203
190. Voluntad	204

3º Clasificación de la confesión

191. Concepto	204
192. Judicial o extrajudicial	205
193. Espontánea o provocada	205
194. Expresa o tácita	205
195. Verbal o escrita	206
196. Simple, calificada y compleja	206
197. Divisible o indivisible	207

4º Confesión judicial

198. Concepto	207
199. Oportunidad en que puede proponerse	208
200. A iniciativa de quién se produce	209
201. Veces que puede producirse	210
202. Quiénes deben absolver posiciones	210
203. Procedimiento	211
204. Desarrollo de la diligencia	213
205. Confesión tácita	215

5º Confesión extrajudicial

206. Concepto	216
---------------------	-----

6º Valor probatorio de la confesión en juicio

207. Distinción	217
208. Fuerza probatoria de la confesión extrajudicial	217
209. Fuerza probatoria de la confesión judicial	218

7º Limitaciones al efecto legal que produce la confesión en juicio

210. Concepto	221
211. Divisibilidad e indivisibilidad de la confesión	221
212. Retracción o revocación de la confesión	225

Capítulo V

LA INSPECCION PERSONAL DEL TRIBUNAL.

1º Generalidades

213. Concepto	227
214. Importancia	228
215. Objeto	229
216. Procedencia	229
217. Quién la puede ordenar	230
218. Dónde se puede efectuar	230
219. Oportunidad para solicitarla	231

2º Procedimiento

220. Decreto judicial	231
221. Diligencia	232
222. Concurrencia con informe de peritos	232

3º Valor probatorio

223. Concepto	233
---------------------	-----

Capítulo VI

PRUEBA PERICIAL

1º Peritos

224. Concepto	234
---------------------	-----

225. Condiciones que deben reunir.....	235
226. Responsabilidad de los peritos.....	236
227. Honorarios del perito.....	236

2º Procedencia de este medio de prueba

228. Distinción.....	237
229. Casos en que procede en forma obligatoria.....	237
230. Casos en que procede en forma facultativa.....	238
231. Omisión del informe pericial.....	238

3º Procedimiento

232. Quién puede pedir el informe de peritos.....	238
233. Objeto.....	239
234. Nombramiento.....	239
235. Aceptación del cargo.....	242
236. Implicancia y recusación de los peritos.....	243
237. Cómo se produce la prueba pericial.....	245
238. El informe pericial.....	246

4º Valor probatorio

239. Concepto.....	247
--------------------	-----

Capítulo VII

LAS PRESUNCIONES

1º Generalidades

240. Concepto.....	248
--------------------	-----

2º Clasificación

241. Distinción.....	249
242. Presunciones legales.....	250
243. Presunciones judiciales.....	251
244. Base de presunción.....	254

3º Valor probatorio

245. Concepto.....	256
--------------------	-----

Capítulo VIII

APRECIACION COMPARATIVA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

246. Concepto.....	257
247. Eficacia de los medios probatorios.....	257
248. Oportunidad en que se hace la apreciación de la prueba.....	259

TERCERA PARTE

PROCEDIMIENTOS POSTERIORES A LA PRUEBA Y TERMINO DEL JUICIO ORDINARIO

Capítulo I

PROCEDIMIENTOS POSTERIORES A LA PRUEBA

249. Reapitulación.....	263
250. Escrito de observaciones a la prueba.....	263
251. Agregación de la prueba.....	264
252. Citación para oír sentencia.....	265
253. Omisión de la citación para oír sentencia.....	268
254. Medidas para mejor resolver.....	268

Capítulo II

TERMINO DEL JUICIO ORDINARIO EN PRIMERA INSTANCIA

1º Generalidades

255. Concepto.....	273
--------------------	-----

2º Forma normal de poner término al juicio ordinario

256. La sentencia.....	274
257. Formalidades de la sentencia definitiva.....	274

3º Formas anormales de poner término al juicio ordinario

258. Enumeración.....	277
259. 1º La conciliación.....	277
260. 2º El avenimiento.....	280

INDICE

261. 3º El desistimiento de la demanda	280
262. 4º El abandono del procedimiento	282
263. 5º La transacción	283
264. 6º El contrato de compromiso o arbitraje	284
Anexo:	
Acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de 6 de abril de 2004 y nueva tabla de Enplazamiento	287
<i>Bibliografía</i>	291
<i>Nómina de abreviaturas frecuentemente usadas en esta obra</i>	299

