

LA PRUEBA¹

Fernando Rozas Vial
Profesor de Derecho Civil

I. GENERALIDADES

1) *¿Qué es la prueba?* La prueba es el establecimiento, por los medios legales, de la verdad de un hecho que sirve de fundamento a un derecho.

2) *Importancia de la prueba.* Si el deudor discute o niega un derecho, y el acreedor no tiene cómo probarlo, se puede considerar que ese derecho no existe.

— Sólo serviría como causa del pago de una obligación natural (artículo 1470 N° 4).

3) *Rama del Derecho en que se estudia la prueba.* La parte *sustantiva*, esto es, la determinación de los medios de prueba; su procedencia; su valor probatorio, pertenece al Derecho Civil.

— La parte *adjetiva* de la prueba, esto es, la manera cómo se rinde la prueba, pertenece al Derecho Procesal.

4) *Ubicación de la prueba en el Código Civil.* El Código Civil trata de la prueba en el Libro IV, en los artículos 1698 y siguientes, relativos a la prueba de las "obligaciones".

— Sin embargo, se trata de normas de carácter general que se aplican a todas las materias, no sólo a las obligaciones, salvo que en algunas materias haya normas especiales, como es el caso del estado civil (artículos 304 y siguientes).

— Además, hay que tener presente que la prueba no siempre se rinde en juicio.

— Por ejemplo, los artículos 1698 y siguientes se aplican a la prueba de

los derechos reales, y se aplican en los estudios de títulos.

5) *¿Qué debe probarse?* Deben probarse los hechos.

— El derecho no se prueba, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8°, nadie puede alegar ignorancia de la ley desde que ésta haya entrado en vigencia.

6) *Prueba del Derecho extranjero.* Cuando es necesario aplicar el Derecho extranjero, por ejemplo, en el caso del artículo 955, ese derecho es tan derecho como el chileno, y, en nuestro concepto, no hay que probarlo.

— Sin embargo, el juez puede oír informe de peritos sobre puntos referentes al Derecho extranjero (artículo 411 del C. de P.C.).

— La Corte Suprema, en dos oportunidades, falló que la existencia del Derecho extranjero era un hecho de la causa y que había que probarlo (C. Suprema, R., T 25, Sec. 1ª, p. 289 y R., T 33, Sec. 1ª, p. 449).

7) *Prueba de la costumbre.* La prueba de la costumbre es necesaria, pues se trata de la reiteración constante de hechos o conductas.

— En materia comercial, la costumbre se prueba de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4º y 5º del Código de Comercio.

8) *Prueba de los hechos negativos.* Actualmente, la generalidad de los autores estima que los hechos negativos deben probarse, y que ello es posible acreditando el hecho positivo contrario.

¹ Los artículos que se mencionan en este trabajo sin indicar a qué código pertenecen, son del Código Civil.

— En el fondo, toda negación no es otra cosa que la afirmación de lo contrario a ella.

— Por ejemplo, en el pago de lo no debido (artículo 2295), el que lo hace valer debe probar que *no debía* lo pagado. La prueba de esta negación la hará acreditando que era otra persona la que debía, o que la obligación se encontraba extinguida cuando pagó.

9) *Los hechos notorios*. Son hechos notorios los que son conocidos por la generalidad de las personas de cultura media en el lugar y tiempo de la resolución. Por ejemplo, que en 1960 gobernaba al país don Jorge Alessandri, o que en el año 1939 hubo un terremoto cuyo epicentro fue Chillán.

— De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del C. de P.C. no es necesario probar los hechos notorios.

10) No es necesario probar los hechos *no controvertidos* (artículo 318 del C. de P.C.). Esto es siempre que no tenga un interés público comprendido.

11) *El onus probandi o carga de la prueba*. La carga de la prueba le corresponde al que sostiene algo contrario a lo que es normal.

— El peso de la prueba está establecido en el artículo 1698. Debe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

— Para algunos, las presunciones simplemente legales alteran el peso de la prueba.

— Esto es verdad cuando la ley presume algo que no es lo normal.

— Sin embargo, en general las presunciones no hacen otra cosa que afirmar lo normal. Por ejemplo, que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido (artículo 180); que el poseedor es reputado dueño (artículo 700); que la buena fe se presume (artículo 707), aunque este último ejemplo es más discutible.

12) *Modificación del peso de la prueba por voluntad de las partes*. Hay jurisprudencia que dice que no es lícito a los contratantes subvertir las

leyes que fijan el modo y forma cómo deben probarse las obligaciones o su extinción (C. Suprema, 30 diciembre 1909, R., t. 8, sec. 1^a, p. 62).

— Sin embargo, hay autores, como Somarriva (“Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia”, Santiago, 1939, N^o 183, p. 138), que estiman que son lícitos los convenios sobre carga de la prueba.

13) *¿Cuáles son los medios de prueba?* Los medios de prueba son:

— *Instrumentos públicos y privados*.

— *Testigos*.

— *Presunciones*.

— *Confesión de parte*.

— *Juramento deferido*.

— *Inspección personal del juez* (artículo 1698, inciso 2^o).

— *Informe de peritos* (artículo 341 del C. de P.C.).

— El juramento deferido está, actualmente, suprimido.

14) *Sistemas probatorios*. Fundamentalmente, existen tres sistemas de prueba:

a) *Sistema de prueba legal*;

b) *Sistema de persuasión racional del juez*;

c) *Sistema de prueba libre o de íntimo convencimiento del juez*.

15) *Sistema de prueba legal*. Es aquel en que el legislador fija taxativamente los medios de prueba y su valor probatorio.

— En este sistema de prueba, como dice Chioevenda, la prueba se presenta a la consideración del legislador más que a la del juez. Partiendo de lo normal, el legislador, en forma abstracta, establece el modo de analizar los elementos de decisión, sustrayendo esta operación lógica a las que debe realizar el juez para formar su convicción.

— La prueba legal no es una manera de apreciar las pruebas, sino una forma de no entrar en esa apreciación. Es la sujeción absoluta a la norma legal.

— En nuestro país se contemplan algunas manifestaciones de este sistema. Por ejemplo, la plena fe que se

da a los instrumentos públicos o a la confesión judicial, la limitación de la prueba de testigos, las tachas de éstos, etc.

16) *Sistema de prueba libre o de íntimo convencimiento del juez.* En este sistema, el juez no está sujeto a ninguna regla legal.

— El dar por establecido un hecho depende por entero de la conciencia del juez. Puede llegar al convencimiento por cualquier medio, aunque no esté establecido en la ley; y no está obligado a fundamentar su sentencia.

17) *Sistema de persuasión racional del juez.* En él, la ley determina los medios de prueba, su admisibilidad, en determinados casos, y la forma en que se hacen valer, es decir, su ritualidad. Pero el juez los aprecia libremente, según lo persuadan lógicamente. Debe fundamentar su sentencia.

18) *Sistema que se sigue en Chile.*

— El sistema que se sigue en Chile es el de persuasión racional del juez.

— Podría pensarse que en Chile se sigue el sistema de prueba legal con algunas atenuaciones, lo que viene siendo el sistema de persuasión racional del juez. Es cuestión de nombres.

— La ley establece los medios de prueba, su valor probatorio, su procedencia, etc.

— Pero el juez aprecia comparativamente los medios de prueba, según su criterio (artículo 428 del C. de P.C.); el juez puede apreciar algunas pruebas, según la convicción personal que le hayan producido (artículos 384 y 426 del C. de P.C.).

19) *Reglas de la sana crítica.* Los artículos 425 y 429 del C. de P.C. emplean esas expresiones.

— Reglas de la sana crítica son las que llevan a la verdad por los medios que aconseja la sana razón.

— Estas reglas obligan al juez a ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento.

— La sana crítica, como dice Alcalá Zamora, "debe exteriorizar un juicio razonado que indique por qué motivos se acepta o rechaza, en todo o

parte, una opinión supuesta, mas sin que oscile de la sumisión ciega a la desconfianza infundada"... (Citado por Enrique Paillas, "El valor de la prueba en materia civil", pág. 13).

— Como se ve, la sana crítica no difiere del sistema de persuasión racional del juez.

20) *Apreciación de la prueba en conciencia.* Hay casos en que la ley dispone que la prueba se aprecie en conciencia por el juez. Por ejemplo, en los juicios del trabajo y en los de menores.

— Esto no significa que la apreciación de la prueba quede entregada al libre arbitrio del juez.

— Debe formarse entera convicción. Debe llegar a un pleno conocimiento de lo que se está probando, en forma razonada, ya que la sentencia no puede apoyarse sino en hechos realmente demostrados en el juicio.

— El juez debe dar las razones que lo llevan a decidir el asunto en tal o cual sentido.

— Es decir, la apreciación de la prueba en conciencia está comprendida en el sistema de persuasión racional del juez.

— En lo único en que difiere con la prueba cuya apreciación no es en conciencia, es en que el juez tiene libertad para apreciar toda la prueba conforme la persuasión que racionalmente adquiera, dejando los moldes rígidos que, en algunos casos, le impone el legislador.

21) *Clasificación de la prueba.*

— Preconstituida y a posteriori.

— Prueba plena y semiplena.

a) *Prueba preconstituida* es la que se crea de antemano. Por ejemplo, la escritura pública en un contrato de compraventa de bienes raíces;

b) *Prueba a posteriori* es la que nace durante el juicio. Por ejemplo, la confesión de parte o las declaraciones de testigos;

c) *Prueba plena, perfecta o completa* es la que no deja dudas del hecho a probarse. Por ejemplo, la confesión judicial, la escritura pública en cuanto a su fecha;

d) *Prueba semiplena* es la que no acredita el hecho en forma fehaciente. Por ejemplo, las declaraciones de testigos, el informe de peritos.

II. INSTRUMENTOS

1) *Documento e instrumento.*

a) *Documento.* La doctrina, en sentido lato, ha entendido por documento toda cosa en que se expresa el pensamiento o se represente o reproduce algo.

— Esta representación o reproducción será corrientemente por medio de la escritura.

— Pero puede ser por medio de otros signos, como los números, grabado en madera, signos taquigráficos.

— También, la doctrina, en sentido lato, considera documentos la fotografía, las cintas magnetofónicas, cintas cinematográficas, etc.

— Nuestro derecho no se refiere a estos medios modernos de expresar o reproducir algo, pero las fotografías, los planos y los dibujos se acompañan frecuentemente en los juicios;

b) *Instrumento.* Para algunos, los instrumentos son los documentos cuyo fin natural es servir de prueba. Por ejemplo, la escritura pública en la compraventa. No lo sería, en cambio, un diario, que puede servir de prueba, pero que no esté naturalmente destinado a ello. Un diario sería un documento, pero no un instrumento.

— Para otros, instrumento es el documento *escrito*. Documento sería aquel en que se manifiesta el pensamiento o un hecho por cualquier medio, que puede no ser la escritura.

— En todo caso, para todos los autores el término genérico es el de documento y el específico el de instrumento.

— Estimamos que en nuestro derecho el término instrumento en algunos artículos se emplea en forma estricta y en otros en forma amplia, según sean, por su naturaleza, destinados o no a servir de medio de prueba.

— Ejemplo del primer caso serían los artículos 1702 y 1703; y ejemplo

del segundo sería el artículo 1698. (El Código de Procedimiento Civil tuvo como modelo la Ley de Enjuiciamiento española, que emplea el término instrumento a veces en forma amplia, a veces en forma estricta. García Gayena hace otro tanto).

2) *Clasificaciones de los instrumentos.* Los instrumentos pueden clasificarse en:

a) Públicos y privados;

b) Creados por vía de prueba y exigidos por vía de solemnidad.

3) *Instrumentos exigidos por vía de solemnidad.* Son aquellos que la ley exige en consideración a la naturaleza del acto. Por ejemplo, la escritura pública en la compraventa de bienes raíces; la escritura pública o privada en el contrato de promesa.

— Si se omiten, el acto es inexistente o nulo absolutamente, según si se estima procedente o no la inexistencia en nuestro derecho.

4) *Instrumentos creados por vía de prueba.* Son aquellos en que el acto no se formaliza a través suyo.

— Sólo tienen por objeto probar algo. Por ejemplo, la escritura en el contrato de compraventa de bienes muebles.

III INSTRUMENTOS PUBLICOS

1) *Definición.* Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario (artículo 1699 inciso 1º).

— En esta definición la expresión "auténtico" está tomada como sinónimo de público.

— Pero auténtico también significa que el instrumento ha sido otorgado por las personas y de la manera que en él se expresa (artículo 17).

— En este sentido se opone a falsificado.

— *Ejemplos de instrumentos públicos.* La escritura pública, los decretos del Presidente de la República, las partidas del Registro Civil.

— Son instrumentos públicos los originales y las copias autorizadas (artículo 342 C.P.C.).

2) *Requisitos del instrumento público:*

a) Debe ser *autorizado* por el competente funcionario, en su carácter de tal;

b) El funcionario debe ser competente en cuanto al *territorio* y en cuanto a la *materia*;

c) Debe otorgarse con las *solemnidades legales*. Estas varían según de qué instrumento se trate.

3) *Efectos de la falta de instrumento público en los actos en que la ley requiere esta solemnidad.* El acto no se perfecciona y no puede probarse (artículo 1701 inciso 1º).

— Recordamos que hay autores que estiman que la inexistencia de un acto jurídico hay que hacerla valer por la vía de la nulidad absoluta.

4) *Conversión del instrumento público defectuoso en privado.* Cuando el instrumento no se exige por vía de solemnidad, si es defectuoso o por *incompetencia* del funcionario o por otra falta en la *forma*, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes (artículo 1701 inciso 2º).

IV. LA ESCRITURA PÚBLICA

1) *Concepto.* Es el instrumento otorgado, con las solemnidades legales, ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público (1699 inciso 2º del C.C. y 403 del C.O.T.).

2) *Requisitos de la escritura pública:*

a) Debe ser autorizada por notario competente;

b) Debe incorporarse en el protocolo o registro público del notario;

c) Debe otorgarse con las solemnidades legales.

3) *Notario competente.* Es el nombrado legalmente y que autoriza la escritura dentro de su territorio jurisdiccional (departamento).

— En las comunas que no son asiento de un notario, para ciertas escrituras, puede actuar el oficial del Registro Civil (artículo 86 de la Ley de Registro Civil).

4) *Incorporación en el protocolo.*

— El artículo 429 del C.O.T. se refiere al protocolo.

— Un instrumento se incorpora al protocolo cuando se escribe en él.

5) *Solemnidades legales.* Las solemnidades de las escrituras públicas están señaladas en los artículos 404 y siguientes del C.O.T. y en el artículo 426 del mismo Código. Su autorización, es decir, la parte final de la escritura en que el notario da fe de ella y la firma, es una solemnidad fundamental, que le da su fuerza probatoria.

— La firma o autorización del notario es la última solemnidad. En ese momento debe existir el consentimiento.

— Si el consentimiento se retira antes de la autorización y la escritura es exigida por vía de solemnidad, el acto o no existe o es nulo, según la doctrina que se siga al respecto.

— Si el acto no es solemne y se retira la firma antes de la autorización, vale la escritura como instrumento privado.

6) *Matriz y copias:*

a) *Matriz* es la escritura que se extiende manuscrita en el protocolo.

— Sirve para sacar copias o traslado o testimonios de ella.

— Los términos recién citados son sinónimos.

— Las copias se dan por el notario autorizante, por el que lo subrogue o suceda legalmente o por el archivero jurídico (artículos 401 y 456 del C.O.T.);

b) *Original o primera copia.* Es la copia fiel de la matriz que se entrega firmada por el notario.

— Sólo puede otorgarse una. Salvo que haya varias personas que puedan hacer valer derechos que consten en la escritura (artículo 423 del C.O.T.), pues en este caso se entrega una primera copia a cada una de esas personas.

— La primera copia es la única que tiene mérito ejecutivo.

— Si se ha extraviado el original o primera copia, se puede pedir al juez que ordene dar un segundo original

con el mérito del primero. Se hace previa citación de la persona a quien debe perjudicar o de su causante (artículo 424 del C.O.T.);

c) *Segundas copias*. Son las que se otorgan después de dada la primera copia (artículo 425 del C.O.T.) y que se certifican por el funcionario, conforme con la matriz.

— No tienen mérito ejecutivo;

d) *Copias simples*. Son las que el funcionario no autoriza.

— Son instrumentos privados.

— A veces son exigidos para ciertos actos. Por ejemplo: en la inscripción de bienes raíces se deja en el Conservador una copia simple del contrato que se inscribe.

7) *Instrumentos otorgados en país extranjero*.

a) Su forma se rige por la ley del país en que se otorgan.

— La forma se refiere a las solemnidades externas;

b) Su autenticidad se prueba en la forma ordinaria.

— Es decir, deben legalizarse (art. 345 del C. de P.C.).

— La autenticidad de un instrumento se refiere al hecho de haber sido otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en él se expresa (Art. 17);

c) *Instrumento otorgado en lengua extranjera*.

— Deben mandarse traducir por el perito que el tribunal designe, a costa del que lo presenta.

— Si al tiempo de acompañarse, se agrega su traducción, vale ésta, salvo que la parte contraria exija que se traduzca por un perito, pues en tal caso se procede a ello a costa del que presenta el instrumento (Art. 347 del C. de P.C.).

V. VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PUBLICO

— Para conocer el valor probatorio de los instrumentos públicos hay que hacer una serie de distinciones.

— El instrumento público hace plena fe respecto de las partes y de terceros en relación con varios hechos.

1) *Hechos de que hace plena fe el instrumento público respecto de las partes y terceros*.

a) Otorgamiento;

b) Declaraciones del funcionario.

2) *Otorgamiento*. Comprende los siguientes hechos en relación con los cuales hace plena fe.

a) El hecho de haberse otorgado.

b) Su fecha.

c) El hecho de que las partes hicieron las declaraciones que en el instrumento se expresan.

d) El hecho de que esas declaraciones son las que hicieron las partes.

— Arts. 1700 y 17 del C.C. y 477 del C. de P.P.

— Todos los hechos mencionados son declarados o certificados por el funcionario que autoriza el instrumento.

3) *Declaraciones del funcionario autorizante*. El instrumento público hace plena fe respecto de todas las personas en relación con las siguientes declaraciones del funcionario autorizante:

a) Declaraciones relativas a hechos propios del funcionario. Por ejemplo, que él leyó la escritura;

b) Declaraciones relativas a hechos que percibe por sus sentidos. Por ejemplo, que las partes firmaron en su presencia; que el precio fue entregado.

c) Declaraciones relativas a hechos que ha comprobado por *medios legales*. Por ejemplo, que las partes acreditaron su identidad por medio de sus respectivas cédulas de identidad (Art. 405 del C.O.T.).

— El instrumento público hace plena fe respecto de terceros, precisamente por la fe pública que le confieren la intervención del funcionario y la observancia de las solemnidades.

VI. VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PUBLICO RESPECTO DE LA VERDAD DE LAS DECLARACIONES QUE HICIERON LOS INTERESADOS

— Para determinar el valor probatorio del instrumento público, en rela-

ción con la verdad de las declaraciones que en él hicieron los interesados, hay que distinguir:

a) Entre las partes y respecto de terceros, y

b) Si la declaración es dispositiva, enunciativa, o enunciativa relacionada directamente con lo dispositivo del acto o contrato.

1) *Declaraciones dispositivas*: Son las que las partes han tenido en vista y expresan el consentimiento necesario para el acto o contrato.

— *Deben* referirse a las cosas de la esencia y *pueden* referirse a las cosas de la naturaleza o accidentales.

2) *Declaraciones enunciativas*. Son las que no constituyen el objeto del acto o contrato, ni expresan el consentimiento, sino que relatan hechos, actos o circunstancias anteriores y que no crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones. Por ejemplo, el vendedor expresa que la finca que vende la adquirió por herencia.

3) *Declaraciones enunciativas relacionadas directamente con las dispositivas*. Son las que se refieren a hechos que contribuyen a determinar o precisar el objeto o la causa de la declaración dispositiva. Por ejemplo, que el precio de la compra-venta fue pagado anticipadamente.

VII. VALOR PROBATORIO ENTRE LAS PARTES DE LA VERDAD DE LAS DECLARACIONES HECHAS EN UN INSTRUMENTO PUBLICO

1) *Declaraciones dispositivas*.

a) Hacen plena fe *en contra* del declarante y de las personas a quienes se transfieren sus obligaciones a título singular o universal (Art. 1700).

— Esto no quiere decir que no pueden ser destruidas por otra plena prueba.

b) Se presumen sinceras a favor de todas las partes, por eso es que hay que impugnar su sinceridad (Art. 429 C.P.C.).

2) *Declaraciones enunciativas*.

— No se presumen verdaderas, ya que no se hacen con el cuidado nece-

sario para que constituyan una presunción.

— Pero tienen el mérito de una confesión extrajudicial contra el que las hizo y como fueron prestadas en presencia de la otra parte, si se invocan por ésta, tienen el mérito de una presunción grave para acreditar los hechos (Art. 398 C.P.C.).

3) *Declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas*.

— Estimamos que siguen la suerte de las dispositivas. Es decir, que hacen plena fe *contra* el declarante y que se presumen verdaderas *en favor* de todas las personas (Art. 1706, en relación con el Art. 1700).

VIII. VALOR PROBATORIO DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS, RESPECTO DE TERCEROS, EN CUANTO LA VERDAD DE LAS DECLARACIONES QUE HICIERON LOS INTERESADOS

1) *Declaraciones dispositivas*. Se presumen verdaderas respecto de terceros porque debe probar el que alega algo contrario a lo normal y lo normal es que las declaraciones sean verdaderas. Hay jurisprudencia al respecto. (C. Suprema, 16 agosto 1940. R., T. 38, sec. 1ª, p. 283).

2) *Declaraciones enunciativas*. No tienen valor contra terceros, ni se presumen verdaderas. No pueden invocarse porque las partes, al hacerlas, posiblemente no han tenido el cuidado que es necesario para presumir la sinceridad de una declaración.

— El tercero puede invocarlas contra el declarante y tienen el valor de confesión extrajudicial, es decir, sirven de base a una presunción (Art. 398 C.P.C.).

3) *Declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas*. Se presumen verdaderas, porque lo normal es que las declaraciones sean sinceras.

— Este tipo de declaraciones están equiparadas en el Art. 1706 a las declaraciones dispositivas.

IX. IMPUGNACION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS

El instrumento público podrá impugnarse:

- a) Por vía de nulidad;
- b) Por vía de falta de autenticidad, y
- c) Por falsedad de las declaraciones que en él han hecho los interesados.

1) *Impugnación por vía de nulidad.* Causales más frecuentes para impugnar por vía de nulidad un instrumento público:

- a) Por ser nulo el nombramiento del funcionario. Salvo el caso de error común.
- b) Por incompetencia del funcionario en cuanto a la materia.
- c) Por incompetencia del funcionario en cuanto al territorio.
- d) Por haber actuado el funcionario cuando la ley le prohíbe hacerlo. Por ejemplo, está prohibido al notario autorizar escrituras en que haya estipulaciones en su favor o de su cónyuge o de ciertos parientes suyos (Arts. 426, N° 8, del C.O.T. y 10 del C.C.).
- e) Por omisión de las solemnidades. Por ejemplo, si en una escritura pública se omite la firma de las partes o la presencia de los testigos.
 - Esto es, salvo que tenga una sanción diversa o no tenga sanción, como es el caso del testamento, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1026.

2) *Impugnación por falta de autenticidad.*

- Esto es falsificación.
- Es decir, por no haber sido autorizado por el funcionario que se indica, o por no haber sido otorgado por las personas que expresa el instrumento, o por haberse alterado las declaraciones de las partes (Art. 17, a contrario sensu).
 - Respecto de la escritura pública, la prueba testimonial para impugnarla, por falta de autenticidad, tiene una limitación.
 - Se requieren cinco testigos, con-testes en el hecho y sus circunstancias esenciales, sin tachas, legalmente exa-

minados y que den razón de sus dichos. Deben acreditar 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 el día del otorgamiento y en los 70 días subsiguientes.

- El tribunal califica esta prueba según las reglas de la sana crítica (Art. 429 del C.P.C.)

3) *Impugnación por falsedad o falta de veracidad de las declaraciones.*

- No es realmente una impugnación del instrumento.

a) *Declaraciones enunciativas.* Los terceros no necesitan impugnarlas, porque no los afectan. Lo mismo sucede con la contraparte.

- El declarante puede impugnarlas probando lo contrario, porque sólo sirven de base a una presunción judicial.

b) *Declaraciones dispositivas.*

- Los terceros pueden destruirlas probando lo contrario, ya que sólo se "presumen" verdaderas respecto de ellos.

- El declarante puede impugnarlas sólo mediante otra plena prueba, ya que respecto suyo hacen plena fe (Art. 1700).

- La contraparte puede impugnarlas porque respecto de ellas sólo se presumen verdaderas.

c) *Declaraciones enunciativas relacionadas directamente con las dispositivas.* Pueden impugnarse, porque sólo se presumen verdaderas.

- Sin embargo, el declarante sólo podrá impugnarlas mediante una plena prueba, ya que respecto suyo hacen plena fe dado lo dispuesto en los Arts. 1706 y 1700.

X. INSTRUMENTOS PRIVADOS

1) *Concepto.* Son los otorgados por los particulares sin intervención de un funcionario público que actúa en calidad de tal.

- En general están exentos de solemnidades. Pero no siempre. Por ejemplo, la letra de cambio.

2) *Firma del instrumento.* Parte de los autores y de la jurisprudencia

exigen la firma para que un instrumento valga como privado.

— Se fundan en los Arts. 1701, inc. 2º, 1702 y 1703. Hay jurisprudencia al respecto (C. Santiago, 12 agosto 1942, R. T. 40, sec. 2ª, p. 33). Pero hay fallos que dicen que no es necesaria la firma (C. Suprema. R., t. 37, sec. 1ª, p. 252).

— Hay documentos que por disposición de la ley no necesitan estar firmados. Tales son los asientos, registros y papeles domésticos; la nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al dorso o al margen de una escritura, que siempre ha estado en su poder o del duplicado que se encuentra en poder del deudor (Arts. 1704 y 1705).

— Lo dispuesto en el Art. 1023, relativo a los testamentos cerrados, es discutible y ha sido objeto de jurisprudencia encontrada. (Ver en el Repertorio del Código Civil la primera jurisprudencia del Art. 1.023 y sus notas).

3) *Documento protocolizado*. Es el documento agregado con ciertas formalidades al fin del protocolo del notario (Art. 415 del C.O.T.).

— La protocolización no hace cambiar el carácter de público a privado de un instrumento.

— Por eso es erróneo el Art. 420 del C.O.T.

— Respecto de los testamentos, lo que sucede es que no pueden ejecutarse si no se protocolizan (Arts. 866 y 867 del C.P.C. y 1020 del C.C.).

— Además, la protocolización da fecha cierta respecto de terceros al documento privado (Art. 419 del C.O.T.).

4) *Instrumento privado en que la firma se autoriza ante notario*.

— Sigue siendo privado.

— Algunos pasan a tener mérito ejecutivo. Por ejemplo, la letra de cambio, el cheque, el pagaré (Art. 434, Nº 4, inc. 2º del C.P.C.).

— Nos parece que pese a tener fecha cierta respecto de terceros, ya que el Art. 1703 dice que el instrumento privado tiene fecha cierta respecto de terceros desde el día en que haya to-

mado razón de él un funcionario competente, en el carácter de tal.

5) *Valor probatorio de los instrumentos privados*.

— El instrumento privado, si es reconocido o mandado tener por reconocido, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos (Art. 1702).

— Lo dicho se refiere a toda clase de declaraciones.

— En nuestro concepto esto se aplica respecto de las partes y de terceros, con las diferencias que corresponden según se trate de declaraciones dispositivas, enunciativas, o enunciativas directamente relacionadas con lo dispositivo del acto o contrato, como ya lo estudiamos para los instrumentos públicos.

— Claro que esto no tiene aplicación respecto de la fecha en que hay norma especial.

6) *Reconocimiento del instrumento privado*.

— El reconocimiento del instrumento privado puede ser judicial y extrajudicial.

— El judicial puede ser expreso o tácito.

— Es judicial cuando el instrumento se ha reconocido en juicio por la persona a cuyo nombre aparece otorgado o por la parte contra quien se hace valer (Art. 346 Nº 1 del C.P.C.).

— Es extrajudicial cuando el reconocimiento lo han hecho las personas referidas en un juicio diverso o en un instrumento público (Art. 346 Nº 2 del C.P.C.).

— El reconocimiento judicial es tácito, cuando puesto el instrumento en conocimiento de la parte contraria no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación. El tribunal debe apercibir a dicha parte al efecto (Art. 346 Nº 5 del C. de P.C.).

El reconocimiento judicial es expreso cuando se reconoce al instrumento en forma explícita.

7) *¿Cuándo se manda tener por reconocido un instrumento privado?*

— Cuando el juez así lo declara.

— Supone un incidente en el pleito en que se discute su falsedad (falta de autenticidad) o falta de integridad del instrumento (Art. 346 N° 4 del C.P.C.).

8) *Mérito ejecutivo.* El instrumento privado reconocido o mandado tener por reconocido tiene mérito ejecutivo (Art. 434 N° 4 del C. de P. C.).

9) *Fecha del instrumento privado.*

a) *Respecto de las partes.* Tiene la fecha que en él se indica, pero sólo una vez reconocido o mandado tener por reconocido.

b) *Respecto de terceros.* La fecha del instrumento privado se cuenta respecto de terceros:

— Desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado.

— Desde el día en que ha sido copiado en un registro público.

— Desde el día en que conste haberse presentado en juicio.

— Desde el día en que haya tomado razón de él o lo haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal (Art. 1.703).

— Desde su protocolización (Art. 419 del C.O.T.).

— *Excepción:* Las escrituras privadas de actos de comercio, que guarden conformidad con los libros de los comerciantes, hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el Art. 1703 (Art. 127 del C. de C.).

— Todo lo dicho tiene lugar siempre que el instrumento haya sido reconocido o mandado tener por reconocido.

10) *Algunos instrumentos privados que veremos someramente.*

a) Registros, asientos o papeles domésticos;

b) Notas firmadas por el acreedor;

c) Cartas y telegramas;

11) *Registros, asientos o papeles domésticos.*

a) En ellos interviene una sola persona.

b) Esa persona debe haberlo firmado o escrito.

c) *Valor probatorio.*

— Una vez reconocidos o mandados tener por reconocidos.

— Sólo hacen fe en contra del que los ha escrito o firmado.

— Sólo hacen fe respecto de lo que aparece en ellos con toda claridad.

— El mérito probatorio es indivisible. El que quiere aprovecharse de ellos no puede rechazar lo que en ellos le fuere desfavorable (Art. 1704).

12) *Nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al dorso o al margen de una escritura que siempre ha estado en su poder, o del duplicado que se encuentra en poder del deudor.*

— Sólo tienen valor probatorio una vez reconocidos o mandados tener por reconocidos.

— Interviene una sola persona, el acreedor.

— Debe haberlo escrito o firmado el acreedor.

— Hacen fe en todo lo favorable al deudor.

— Su mérito probatorio es indivisible. El que quiere aprovecharse de ellos no puede rechazarlos en lo que le fueren desfavorables (Art. 1705).

13) *Cartas y telegramas (cablegramas, radiogramas, etc).*

a) *Propiedad.* Pertenecen al destinatario de ellos desde su recepción.

— Los terceros para hacerlos valer en juicio requieren autorización del propietario, y del remitente, si son confidenciales (Art. 146 C.P.).

b) *Valor probatorio.*

— Una vez reconocidos o mandados tener por reconocidos tienen el mismo valor probatorio que los demás instrumentos privados.

— La Corte de Apelaciones de Iquique resolvió en una oportunidad, en sentencia confirmada por la C. Suprema, que el telegrama debe tenerse por verdadero respecto de la persona que firmó el libro de despacho, si este hecho fue certificado por la respectiva oficina del Telégrafo (3 de julio de 1919. R. T. 21, secc. 1ª, pág. 183, consid. 4º).

XI. CONTRAESCRITURA.

1) *Concepto*. Es todo instrumento, público o privado, otorgado por las partes para modificar o dejar sin efecto, en todo o parte, lo expresado por ellos en otro instrumento.

— Pueden otorgarse con fines de simulación. Por ejemplo, una escritura que modifica el precio en una compraventa para pagar menos impuesto.

— Algunos autores usan la expresión *contraescritura* sólo cuando tiene por objeto la simulación, de manera que forman un solo todo con el acto modificado.

— En este sentido sólo hay un acto con dos exteriorizaciones distintas.

— En Chile hay autores, como Claro Solar, que estiman que el término *contraescritura* usado por el Código (Art. 1.707) está tomado en un sentido restringido, que importa simulación (hay jurisprudencia al respecto). C. Suprema, 27 diciembre 1945. R., T. 43, Sec. 1ª, p. 337 (C. 15, p. 354). Alessandri piensa que el Código lo toma en el sentido amplio, de toda escritura que altere lo pactado en otra.

— Hay jurisprudencia en ambos sentidos que puede consultarse en el Repertorio del C. Civil.

Las *contraescrituras* pueden ser instrumentos públicos o privados.

2) *Valor probatorio*. Se les aplican las normas de los instrumentos públicos o privados, según el caso.

3) *Efectos*.

a) *Entre las partes*. Producen pleno efecto (Art. 1545).

— Prevalece la *contraescritura*, aunque su valor probatorio sea igual que el de la escritura que altera, porque según el Art. 428 del C. de P. C., entre dos pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el caso, los tribunales deben preferir la que crean más conforme con la verdad, que, obviamente, es la escritura.

b) *Respecto de terceros*.

— Las *contraescrituras* privadas no producen efecto *contra* terceros.

— Las públicas tampoco, salvo que se haya tomado razón de su contenido

al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la *contraescritura* y del traslado (copia) a cuya virtud ha obrado el tercero.

— Los terceros pueden *aprovecharse* de la *contraescritura* y hacerla prevalecer (Art. 1707, a contrario sensu).

4) *Conflicto entre terceros*.

— Cuando no se han hecho las anotaciones señaladas por la ley (Art. 1707), puede surgir pugna entre los terceros. Algunos pueden querer hacer prevalecer la escritura y otros la *contraescritura*.

— Creemos que hay que preferir a los terceros, que hacen valer la escritura, ya que expresamente el Código dice que contra ellos no produce efecto la *contraescritura* (Art. 1707).

XII. COMO SE ACOMPAÑAN LOS DOCUMENTOS EN JUICIO

1) Los públicos se acompañan con citación (Art. 795 N° 4 del C. de P.C.).

2) Los privados, bajo el apercibimiento del Art. 346 N° 3 del C. de P.C.

— Los dos números anteriores se refieren a los instrumentos que emanan de la parte contraria.

3) Si emanan de un tercero, se acompañan con citación (Art. 795 N° 4 del C. P. C.), pero para que tengan valor probatorio deben ser ratificados por el otorgante mediante prueba de testigos, es decir, declarando como tal.

4) Aquellos en que se funde la demanda, el actor debe acompañarlos con ella, bajo la sanción del Art. 255 del C. de P. C.

— Igual cosa debe hacer el demandado en la contestación de la demanda (Art. 309 inc. final del C. de P. C.).

5) Hay casos en que si no se acompañan a la demanda, no se le da curso (Art. 271 N° 2).

XIII. PRUEBA TESTIMONIAL

1) *Concepto de testigos.* Son personas extrañas al pleito que declaran sobre hechos de que tienen conocimiento.

2) *Clasificación de los testigos.*

a) *Presenciales.* Son los que han percibido por sus sentidos los hechos sobre que declaran.

b) *De oídas.* Son los testigos que no han percibido los hechos por sus sentidos y que sólo los conocen por el dicho de otras personas (Art. 383 del C. de P. C.).

3) *Inconvenientes de la prueba testimonial.*

— Es insegura, pues las personas perciben los hechos en forma distinta. Es subjetiva la apreciación de los hechos.

— Hay gente venal, que por dinero asegura falsedades.

— Bello ya lo dijo en el mensaje del Código Civil.

— Es inmoral presentar testigos falsos. Aunque se sepa que la parte contraria lo hará, pues el fin no justifica los medios.

— Desgraciadamente, en la actualidad se ve una relajación en este sentido, incluso en personas serias y que han sido formadas moralmente. Es frecuente ver cómo en los accidentes del tránsito no se trepida en declarar que se ha visto el accidente, porque el que lo ha sufrido es un amigo o porque se sabe o se supone que la parte contraria hará uso de testigos falsos.

— Todo ello es inmoral, pues, repetimos, jamás el fin justifica los medios.

— Lo mismo sucede con las nulidades de matrimonio, que no se obtienen sino por medio de testigos falsos.

— Declarar en falso como testigo constituye falso testimonio, que está penado en los Arts. 206 y sig. del Código Penal.

4) *Forma de rendirse y valor probatorio de la prueba de testigos.*

— Todo ello está en el C. de P. C., incluso las tachas y las inhabilidades

para declarar. No nos corresponde tratar esa materia, que es propia del Derecho Procesal.

5) *Limitaciones a la prueba de testigos.*

— No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (Art. 1708).

6) *Qué actos deben constar por escrito.*

a) Deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias mensuales (Art. 1709 inc. 1º).

— Esto no impide que la obligación se pueda probar por otros medios.

— La ley se refiere a los *actos* y no a los *hechos*.

— Por eso pueden probarse por testigos los delitos y cuasidelitos, los hechos materiales, el dominio, la posesión, la construcción de una pared, etc.

— Creemos que la limitación de la prueba testimonial se refiere tanto a las obligaciones de dar como a las de hacer, por la frase "entrega o promesa de una cosa", ya que también las obligaciones de hacer contienen la entrega o promesa de una cosa.

— Además, existe la misma razón para limitar la prueba testimonial en las obligaciones de hacer como en las de dar.

— Creemos que también se aplica esta limitación a las obligaciones de no hacer, por las mismas razones que hemos dado para las obligaciones de hacer.

— Claro Solar piensa lo contrario y cree que sólo tiene lugar la limitación en las obligaciones de dar;

b) Deben constar por escrito las adiciones o alteraciones, y lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después del otorgamiento del acto o contrato que ha debido consignarse por escrito, aun cuando esas adiciones, alteraciones o alegaciones se refieran a cosas que valgan menos de dos unidades tributarias (Art. 1709 inc. 2º).

— El valor de la cosa se determina al tiempo del contrato.

— Por eso no se consideran los frutos, intereses y otros accesorios (Art. 1709 inc. 3º).

— Por eso no se admite la prueba de testigos, aunque el demandante limite su demanda a dos unidades tributarias (Art. 1710 inc. 1º).

— Por eso, tampoco se admite cuando lo que se cobra es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue (Art. 1710 inciso 2º);

c) Deben constar por escrito los actos solemnes en que la escritura es la solemnidad (artículos 1.682 y 1701).

7) *Casos en que puede probarse por testigo un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa de valor superior a dos unidades tributarias, aunque no conste por escrito.*

a) Cuando hay un principio de prueba por escrito;

b) Cuando ha sido imposible obtener una prueba por escrito, y

c) En los casos que la ley expresamente lo permite (Art. 1711).

8) *Principio de prueba por escrito.* Es un acto escrito del demandado o de su representante que hace verosímil el hecho litigioso. Por ejemplo, un pagaré en una compraventa (Art. 1711 inciso 1º).

— Debe ser un documento escrito, firmado o no.

— Puede ser público o privado, reconocido o mandado a tener por reconocido.

— Si se impugna por falta de autenticidad, ese hecho puede probarse por testigos, porque no es un acto. (Hay jurisprudencia al respecto en el Repertorio del Código Civil).

— Debe hacer verosímil el hecho litigioso. Es decir, entre él y la obligación que se trata de probar, debe haber manifiesta ilación y coherencia.

— Debe emanar de la parte contra la cual se invoca o de su representante, aunque no sea el demandado. El Código Civil usa la palabra "deman-

dado", porque normalmente él lo habrá dado.

9) *Imposibilidad de obtener una prueba por escrito.*

a) *Física.* Cuando las circunstancias materiales lo impiden. Por ejemplo, en un robo o en un accidente;

b) *Moral.* Cuando lo impiden circunstancias de afecto, delicadeza o costumbre. Por ejemplo, los médicos o parientes cercanos no pueden, generalmente, obtener pruebas escritas de sus créditos.

10) *Cuando la ley exceptúa la limitación.*

a) En el comodato (Art. 2175);

b) En el depósito necesario (artículo 2237);

c) En el depósito en fondas, cafés, casas de billar o de baños, posadas, etc. (artículos 2241 y 2248);

d) En los negocios mercantiles (Art. 128 del C. de C.).

11) *Valor probatorio de la prueba de testigos.*

— Va desde base de una presunción judicial a prueba completa o plena.

— Los testigos se pesan, no se cuentan (Art. 384 del C. de P.C.), salvo que tengan la misma calidad, caso en que se cuentan.

— No corresponde en derecho civil estudiar esta materia, que es propia del derecho procesal.

XIV. PRESUNCIONES

1) *Concepto.* Es el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas (Art. 47 inciso 1º).

— Es el resultado de un proceso lógico en que, partiendo de ciertos hechos conocidos, se llega a considerar cierto un hecho desconocido. Ejemplo, el hijo que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio tiene por padre al marido. De los hechos conocidos, que son el matrimonio y el nacimiento del hijo después de 180 días de celebrado aquél, se concluye que tiene por padre al marido.

2) *Clasificación.* Las presunciones se clasifican en:

- a) Judiciales;
- b) Legales (Art. 1712).

— Las presunciones legales se clasifican, a su vez, en:

- a) Simplemente legales;
- b) De derecho.

— *Presunciones judiciales* son las que el juez deduce de ciertos antecedentes y circunstancias que él determina y que se llaman indicios.

— *Presunciones legales* son aquellas en que los antecedentes o circunstancias que dan motivo al hecho se deduce son determinados por la ley (artículo 47 inciso 2º).

— *Presunciones simplemente legales* son aquellas en que puede probarse que el hecho deducido no existe, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que la ley la infiere (Art. 47 inciso 3º).

— *Presunción de derecho* es la que no admite prueba en contrario, supuestos los antecedentes o circunstancias de que la ley la infiere (artículo 47 inciso 4º).

3) *Presunciones de derecho o absolutas.*

a) No es necesario que se diga que algo "se presume de derecho" para que exista tal presunción.

— No es indispensable el uso de una fórmula sacramental.

— El código, en diversas disposiciones, establece presunciones de derecho usando otras expresiones. Por ejemplo, en los artículos 150 inciso 5º, 180, 223, 706 y 1790;

b) En las presunciones de derecho no hay una dispensa absoluta de prueba.

— Hay que probar los antecedentes o circunstancias de los que la ley la infiere.

— Probados los antecedentes o circunstancias, la conclusión no requiere prueba alguna y no admite prueba contraria.

— Por ejemplo, es necesario probar que una persona nació después de 180 días de celebrado el matrimonio para que se presuma de derecho que fue concebida en él.

4) *Presunciones simplemente legales o relativas.*

a) Para que nos hallemos frente a una presunción legal, no es indispensable que el legislador diga que algo "se presume". Puede usar otras expresiones que importen la existencia de la presunción. Por ejemplo, en el artículo 700 dice que el poseedor es "reputado" dueño; en el artículo 1853 dice que el comprador será "considerado" como poseedor de buena fe; en el artículo 1947 inciso 3º dice que si no constare el estado en que la cosa fue entregada al arrendatario, se "entenderá" haberla recibido en regular estado de servicio;

b) Las presunciones simplemente legales pueden destruirse mediante una prueba contraria.

— Al efecto sirve cualquier medio de prueba, incluso las presunciones judiciales;

c) En la práctica, las presunciones simplemente legales tienen como efecto el de invertir el peso de la prueba, cuando lo presumido no es lo normal.

5) *Presunciones judiciales.*

— La ley limita la libertad del juez para deducir hechos desconocidos de hechos conocidos.

— Por eso, las presunciones judiciales deben ser graves, precisas y concordantes (Art. 1712).

— Que sea *grave* la presunción significa que del hecho conocido se deduzca casi necesariamente el hecho desconocido.

— Que sea *precisa* significa que no puede aplicarse a muchas circunstancias, que haya relación de causalidad entre las circunstancias y antecedentes conocidos y la conclusión que de ellos se infiere.

— Que sea *concordante* significa que una presunción no se destruye con otra. Que si son varios los antecedentes, haya entre ellos armonía.

— Sin embargo, el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil establece que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

— La presunción judicial debe fundarse en hechos reales y plenamente probados.

— Constituye plena prueba, pero, lógicamente, puede ser destruida por otra plena prueba.

— El juez, para deducir un hecho que debe probarse, partiendo de un hecho percibido o indicio, debe aplicar las reglas de experiencia común dadas por la observación de lo que comúnmente ocurre y las reglas de la experiencia técnica. Estas reglas en parte se extraen de la observación del vivir y obrar de las personas, y en parte son el resultado de la investigación científica o de una actividad profesional o artística.

— Lo dicho no está en nuestra legislación, pero lo ha expresado la doctrina y lo dice el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil del Vaticano.

6) *Presunciones y ficciones.*

— Se presume lo que normalmente es verdadero.

— Se finge lo que no es verdadero.

— Por eso, en nuestro concepto, lo dispuesto en el artículo 8º no constituye una presunción de conocimiento de la ley, sino una ficción.

XV. CONFESION

1) *Concepto.* Es el reconocimiento que hace una persona de la verdad de un hecho que le perjudica.

2) *Características.*

a) Es una declaración de voluntad;

b) Es una declaración de voluntad unilateral;

c) Produce consecuencias en contra del confesante;

d) Es indivisible, por regla general;

e) Es irrevocable, salvo que se haya padecido error de hecho.

3). *Indivisibilidad de la confesión.*

— El mérito probatorio de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante (artículo 401 del C. de P.C.).

— Esto significa que la parte contraria no puede aprovecharse de lo que le favorezca en la confesión y rechazar lo que le sea desfavorable.

4) *Clasificación de la confesión.* La confesión admite diversas clasificaciones:

a) *Judicial y extrajudicial.*

— Judicial es la que se presta en el juicio en que debe servir de prueba.

— *Extrajudicial* es la que se presta fuera de juicio o en un juicio diverso a aquel en que debe servir de prueba, o ante tribunal incompetente;

b) *Expresa y tácitas*

— *Expresa* es la que se hace en términos explícitos.

— *Tácita* es la que se deduce de hechos inequívocos del confesante. Por ejemplo, la que tiene lugar cuando la parte citada en forma legal a confesar no comparece o, compareciendo, da respuestas evasivas o se niega a declarar;

c) *Espontánea y provocada:*

— *Espontánea* es la que se hace por propia iniciativa del confesante. La constituyen las declaraciones que en su contra hacen las partes. Por ejemplo, en los diversos escritos del juicio.

— *Provocada* es la que se hace a petición de la parte contraria en el juicio, previo decreto del juez. Es la absolución de posiciones.

— Si la parte citada a absolver posiciones y apercibida al respecto no comparece o compareciendo se niega a declarar o dé respuestas evasivas, se la tiene por confesa, a petición de parte, de todos aquellos hechos que están categóricamente afirmados en el pliego de posiciones (artículos 393 y 394 del C. de P.C.).

— Las posiciones son las preguntas que debe contestar el confesante.

— Pueden estar redactadas en forma interrogativa o asertiva, esto es, afirmando categóricamente los hechos sobre que versa la confesión.

— Es preferible redactarlas en forma asertiva, pues sólo estas posiciones permitirán dar por confesa a la parte que no va a la audiencia o si va se niega a declarar o da respuestas eva-

sivas (artículo 394 del C. de P.C.);

d) *Verbal o escrita*;

e) *Pura y simple, compleja y calificada*;

— *Pura y simple* es la que se hace sin agregar nada a los hechos confesados.

— *Compleja* es aquella en que se confiesa algo, pero se le agregan hechos desligados entre sí (compleja de primer grado), o hechos ligados entre sí o que se modifican los unos a los otros (compleja de segundo grado), pero sin alterar su naturaleza jurídica.

— Ejemplo de confesión compleja de primer grado sería si el confesante declara que compró un fundo y dio en arriendo una casa.

— Ejemplo de confesión compleja de segundo grado sería si el confesante declara que recibió una suma de dinero en mutuo, pero que la pagó.

— *Calificada* es aquella en que el confesante reconoce un hecho, pero le agrega una circunstancia que altera su naturaleza jurídica. Por ejemplo, reconoce hacer recibido una suma de dinero, pero no a título de mutuo, sino a título de donación.

— Ver sentencias de la C. Suprema de 11 de enero de 1940. R., t. 38, sec. 1ª, pág. 6 y de 22 de diciembre de 1941. R., t. 39, sec. 1ª, pág. 414.

5) *Divisibilidad de la confesión*.

— Hemos dicho que, por regla general, la confesión es indivisible.

— Por excepción, en consecuencia, puede dividirse en los casos siguientes:

a) Siempre que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí;

b) Cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros, el contendor del confesante justifique con algún medio legal de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado.

— Es decir, la confesión compleja de primer grado es divisible siempre.

— También lo es la de segundo grado cuando el contrincante del confesante justifica con algún medio de prueba legal la falsedad de las cir-

cunstancias que, según el segundo, modifican el hecho confesado.

6) *Casos en que no se admite la confesión*.

— Citaremos algunos casos en que no se admite la confesión:

a) Cuando se ha omitido un instrumento público que la ley exige por vía de solemnidad (artículo 1701 inciso 1º);

b) En los juicios de separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido (artículo 157);

c) En los juicios de nulidad de matrimonio nuestra jurisprudencia ha declarado que no es admisible la confesión de parte;

d) Igual cosa sucede en los juicios de divorcio;

e) Según el artículo 2485, la confesión del marido, del padre o madre de familia, o del tutor o curador fallidos, no hará prueba por sí sola contra los acreedores.

7) *Irrevocabilidad de la confesión*. Una vez hecha la confesión no puede revocarse, salvo que se haya padecido error de hecho.

— Lo dicho se aplica tanto a la confesión de hechos personales como a la confesión de hechos de terceros (Art. 1713 del C.C. y Art. 402 del C. de P.C.).

8) *Valor probatorio de la confesión*:

a) *Confesión judicial*. Si se trata de hechos personales produce plena prueba y no se admite prueba en contrario.

— Si se refiere a hechos que no son personales también produce plena prueba, pero se admite prueba en contrario (artículos 402 inciso 1º del C. de P.C. y 1713 del C.C.).

— Lo dicho se aplica tanto a la confesión espontánea como a la provocada; tanto a la confesión expresa como a la tácita;

b) *Confesión extrajudicial*.

— Si es verbal, sólo se toma en cuenta en los casos en que sería admisible la prueba de testigos, esto es, conforme a los artículos 1708 y 1709.

— Sea verbal o escrita, en principio, sólo es base de presunción judicial.

— Si se ha prestado en presencia de la parte que la invoca, o ante el juez incompetente, pero que ejerce jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados.

— Lo mismo se aplica si se ha prestado la confesión en otro juicio diverso.

— Pero si ese juicio diverso se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así (artículo 398 del C. de P.C.).

XVI. VALOR DE LAS DECLARACIONES QUE UNA PERSONA HACE EN BENEFICIO PROPIO

— Por regla general, lo que una persona declara en beneficio propio no tiene valor.

— Una de las partes no puede confesar en juicio algo que la beneficie. No se trataría de "confesión", ya que ésta, por definición, tiene que versar sobre algo que perjudique al confesante.

— Tampoco puede declarar una persona como testigo en favor suyo.

— Sin embargo, hay casos en que la ley da valor a lo que declara una de las partes, aunque tal declaración las beneficie.

— Citaremos algunos de esos casos:

1) Si el tutor o curador no da verdadera cuenta de su administración, o que en su administración fuere convencido de dolo o culpa grave, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, y se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada y jurada, salvo que el juez haya tenido a bien moderarla (artículo 423).

2) Cuando, según las reglas generales, el depósito deba otorgarse por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al he-

cho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución (artículo 2217).

3) Si el contrato de trabajo no consta por escrito, será creído el trabajador respecto de las condiciones de su contratación (artículo 9º del D.L. 2.200, de 1978).

4) Si el contrato de arrendamiento de ciertos predios urbanos no constare por escrito, se presumirá la renta que declare el arrendatario (artículo 54 del D.L. 964, de 1975).

XVII. INSPECCION PERSONAL DEL TRIBUNAL

1) *Concepto.* Es el examen que hace el tribunal de hechos o circunstancias materiales controvertidos en el juicio para formarse pleno convencimiento de ellos.

— El tribunal está formado por el juez y el secretario.

— Si el tribunal es colegiado podrá comisionar para que practique la inspección a uno o más de sus miembros (artículo 405).

2) *Cuándo procede.*

a) Cuando la ley lo señala. Por ejemplo, en la denuncia de obra ruinosa (artículo 571 del C. de P.C.);

b) Siempre que el tribunal la estime necesaria (artículo 403 del C. de P.C.).

3) *Valor probatorio.* Constituye plena prueba en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca como resultado de su propia observación (artículo 408 del C. de P.C.).

XVIII. EL INFORME DE PERITOS

1) *Concepto de peritos.* Son personas que tienen especial preparación en alguna ciencia o arte que es objeto de la litis. Por ejemplo, si se discute sobre la calidad de un edificio, será perito un arquitecto o un constructor.

2) *Procedencia del informe de peritos.* A veces el informe de peritos es obligatorio; otras veces es facultativo:

a) Es *obligatorio* cuando la ley lo ordena. Por ejemplo, cuando se declara la interdicción de una persona por demencia (artículo 460); si las partes no se convienen sobre el importe de la indemnización en el ejercicio de la servidumbre de tránsito, se reglará por peritos (artículo 848); cuando se pide el cotejo de letras conforme al artículo 350 del C. de P.C.; cuando la ley ordena que se resuelva un asunto en juicio práctico o previo informe de peritos, como es el caso del artículo 855, se entenderán cumplidas estas disposiciones, agregando el reconocimiento y dictamen pericial al procedimiento que corresponda usar según la naturaleza de la acción deducida (artículo 410 del C. de P.C.). En el caso del artículo 855, el procedimiento que corresponde usar es el sumario (artículo 680 N° 2 del C. de P.C.);

b) Es *facultativo* cuando se trata de puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, o sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera (artículo 411 del C. de P.C.).

3) *Capacidad para ser perito.* Por regla general, todas las personas son capaces para ser peritos.

— Son incapaces:

a) Los que son inhábiles para declarar como testigos en el juicio, y

b) Los que no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentado por la ley y hay en el departamento dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

— Las personas que la ley declara inhábiles pueden actuar como peritos si convienen en ello las partes (artículo 413 del C. de P.C.).

4) *Valor probatorio del informe de peritos.* Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del informe de peritos en conformidad a las reglas

de la sana crítica (artículo 425 del C. de P.C.).

— Ya hemos visto que las normas de la sana crítica no difieren de la persuasión racional del juez, el que deberá dictar sentencia indicando las razones lógicas que le formaron su convencimiento.

XIX. EL JURAMENTO DEFERIDO

1) *Concepto.* Es la declaración solemne que hace una de las partes ante el tribunal a petición de la parte contraria, sobre la verdad de un hecho.

— El que pide o defiere el juramento se obliga a pasar por lo que la otra parte jura.

— Cuando se defiere el juramento no se admiten otras pruebas y en ello se diferencia de la confesión.

2) *Efectos.* Prestado el juramento, el juez debe dictar sentencia, sin más trámite, con arreglo a él.

3) *Clases.*

a) *Decisorio*, si tiene por objeto resolver la controversia;

b) *Estimatorio*, si tiene por objeto establecer el valor de la cosa disputada o el monto del daño reclamado.

4) *Supresión del juramento deferido en Chile.*

— Como este medio de prueba era muy peligroso, se ha ido suprimiendo en las legislaciones modernas.

— En Chile fue suprimido por la Ley N° 7.760, de 1944.

5) *Caso del artículo 423.*

— Para algunos, lo que dispone este artículo es un caso de juramento deferido, y estiman que está derogado por la ley recién citada.

— Otros creen que, siendo un caso de juramento deferido, no está derogado, pues la Ley N° 7.760 no se refirió a él.

— Por último, otros creen, y estimamos que con razón, que el artículo 423 no contempla un caso de juramento deferido, ya que no lo solicita el guardador respecto de quien el pupilo jura la cuantía del perjuicio recibido por su mala administración,

sino que se trata de una sanción al guardador que no rinde verdadera cuenta de su administración.

XX. VALORIZACION INDIVIDUAL Y COMPARATIVA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

1) *Valorización individual.*

— El valor probatorio de cada medio de prueba está determinado por la ley.

— Sin embargo, en algunos casos, como el de la prueba de testigos, el

tribunal puede valorar sus declaraciones dando preferencia, cuando son contradictorias, a las que han prestado los de mejor calidad (artículo 384 N° 3 del C. de P.C.).

2) *Valoración comparativa.* Cuando en un juicio hay dos o más pruebas contradictorias, el juez debe preferir aquel medio de prueba al que la ley dé mayor valor. Si no hay norma al respecto, debe preferir la prueba que crea más conforme con la verdad (artículo 428 del C. de P.C.).