

TEORIA DE LA PRUEBA

1.- Aceptaciones de la palabra prueba.

La palabra prueba tiene tres acepciones en el campo del Derecho:

- a) Alude a la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia. Es el establecimiento, por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama.
- b) Se refiere a los medios de prueba, o sea, los medios de convicción, considerados en sí mismos.
- c) Se habla de la prueba para referirse al hecho mismo de su producción, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales. En este sentido, por ejemplo, se dice que la prueba incumbe al actor o al demandado.

2.- La prueba en el Derecho Civil y en el Derecho Procesal.

La materia relativa a la prueba cae principalmente dentro del campo del Derecho Procesal, porque por regla general, es ante los tribunales, con motivo de un litigio, cuando los interesados intentan probar sus pretensiones. Por ello, el Código de Procedimiento Civil consagra numerosas normas relativas a la manera como se rinde la prueba en juicio.

Pero la prueba también es una materia propia del Derecho Civil:

- a) En primer lugar, hay situaciones que deben probarse fuera de todo juicio. Así, por ejemplo, para contraer matrimonio, debe acreditarse la edad mínima exigida por la ley.
- b) La prueba presenta una parte sustantiva que abarca:
 - La determinación de los medios de prueba;
 - Su admisibilidad;
 - El valor probatorio de los diversos medios de prueba.

3.- Objeto de la prueba.

Lo que debe probarse son los hechos, no el Derecho. Deben acreditarse los hechos jurídicos en general y los actos jurídicos en particular. El Derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Civil, no necesita probarse.

Lo anterior tiene dos excepciones:

a) Cuando la norma de Derecho emana de la costumbre: deberá probarse mediante cualquier medio de prueba, en el ámbito civil; y a través de los dos medios de prueba que establece el Código de Comercio, en el ámbito mercantil (algunos afirman, sin embargo, que se trata de una excepción aparente, pues lo que debe probarse son los hechos que sirven de supuesto para la existencia de la costumbre).

b) Cuando la norma de Derecho está contenida en la ley extranjera. El artículo 411 número 2 del Código de Procedimiento Civil establece que podrá oírse informe de peritos sobre puntos de derecho relativos a una legislación extranjera.

Pero no todos los hechos deben probarse:

a) Los hechos “pacíficos” no requieren prueba: o sea, los hechos no controvertidos, los que las partes aceptan sin contradicción. En virtud de la admisión de tales hechos por las partes, el juez debe tenerlos por acreditados (así, por ejemplo, si el demandante invoca un contrato de compraventa como fuente de su crédito, y el demandado reconoce dicho contrato, pero afirma que pagó el saldo de precio).

b) Los hechos notorios tampoco necesitan ser probados. Son hechos notorios aquellos cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos de cultura media, en el tiempo y en el lugar en que se dicta la sentencia. El artículo 89 del Código de Procedimiento Civil alude a los hechos que sean de pública notoriedad, autorizando al juez para resolver de plano, sin necesidad de rendir prueba, el incidente respectivo.

El artículo 318 del Código de Procedimiento Civil establece que los hechos que se prueban deben ser controvertidos, sustanciales y pertinentes.

4.- El “Onus probandi” o carga o peso de la prueba.

“Onus” viene del latín, y significa la carga que portaban las mulas. De ahí que se hable de “la carga de la prueba”. La necesidad de probar no es jurídicamente una obligación, sino una carga. La obligación consiste en un vínculo jurídico que implica la subordinación de un interés del obligado al interés de otra persona, so pena de sanción si la subordinación se infringe; la carga, en cambio, supone la subordinación de uno o más intereses del titular de ellos a otro interés del mismo. Por lo tanto, el litigante no está obligado a probar, la ley no lo obliga a ello; pero si no proporciona la prueba, sus pretensiones no serán acogidas por el juez.

¿A quién incumbe rendir la prueba? Como principio general, corresponde probar al que ha sostenido una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas, o al que pretende destruir una situación adquirida. En efecto, lo normal es que el poseedor de una cosa sea su dueño o que una persona no sea deudor. Por ende, corresponde probar que el poseedor no es dueño o que es deudor al demandante que a su vez afirma ser dueño o acreedor, respectivamente. El demandado, que

se limita a negar, en principio no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación.

Esta situación se invierte, sin embargo, cuando el demandante prueba la exactitud de los hechos en que se funda su pretensión, debiendo el demandado, por ejemplo, probar cómo adquirió el dominio (prescripción adquisitiva) o cómo extinguió la deuda (pago, prescripción extintiva, etc.)

Estos principios están contenidos en el artículo 1698 del Código Civil, una de sus disposiciones fundamentales, que establece que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*

5.- Clasificación doctrinaria de los hechos jurídicos, para los efectos probatorios.

Don Carlos Ducci distingue cuatro categorías de hechos jurídicos:

a) Hechos constitutivos: son aquellos que producen el nacimiento de un derecho o de una situación jurídica antes inexistente (por ejemplo, un contrato, un testamento).

Se subclasifican en genéricos y específicos. Los hechos constitutivos genéricos son los comunes a toda relación jurídica o a un cierto grupo de relaciones jurídicas. Los específicos son los particulares de una relación jurídica determinada. Los hechos constitutivos genéricos no necesitan probarse. Por ejemplo, la capacidad, el objeto, la causa; la ley presume su existencia y su ausencia deberá probarla la parte contraria como un hecho impeditivo. Los hechos constitutivos específicos deben probarse. Así, en la compraventa, será necesario probar que se acordó por una parte dar tal cosa y por la otra pagar tal precio.

b) Hechos impeditivos: son aquellos que impiden la generación válida de una relación jurídica (por ejemplo, los vicios del consentimiento): deben probarse por quien los invoca.

c) Hechos modificativos: son aquellos que alteran en su contenido o efectos la relación jurídica (por ejemplo, las modalidades): deben probarse por quien los alega.

d) Hechos extintivos: son aquellos que hacen desaparecer una relación jurídica o sus efectos (por ejemplo, los modos de extinguirse las obligaciones): deben probarse por quien los hace valer.

Por otra parte, en relación a los elementos del acto jurídico (artículo 1444 del Código Civil), podemos concluir: que los elementos esenciales comunes no necesitan probarse, pero sí lo requieren los elementos esenciales particulares. Los elementos de la naturaleza no necesitan probarse, salvo que las partes los hubieren modificado. Los elementos accidentales deben probarse siempre.

6.- Excepciones a los principios sobre el peso de la prueba.

Pueden alterarse mediante las presunciones legales o por la voluntad del hombre.

Las presunciones legales hacen que hechos que deberían probarse por quien en ellos funda su derecho, no tengan necesidad de prueba. En todo caso, debemos tener presente que sólo tratándose de las presunciones de derecho no se admite prueba en contrario, mientras que respecto de las presunciones simplemente legales, se permite prueba en contrario.

También puede alterarse el onus probandi por voluntad de las partes. Dicho acuerdo no podría estimarse como contrario a una ley de orden público. Los preceptos que regulan el peso de la prueba están establecidos en interés de las partes y son por lo tanto renunciables (artículos 12, 1547 y 1558 del Código Civil)

Cabe señalar, en todo caso, que las partes no pueden alterar las reglas procesales sobre la forma o modo de producir las pruebas y a los medios de prueba que pueden emplearse. En tales estipulaciones habría objeto ilícito, ha concluido una sentencia de la Corte Suprema.

7.- Prueba de los hechos negativos.

En épocas pasadas, se sostenía que la prueba negativa no era admisible, puesto que una negación no puede probarse. Por lo tanto, se concluía que la afirmación de un hecho negativo implicaba invertir el peso de la prueba, debiendo probar quien tenía interés en impugnar el hecho negativo.

Posteriormente, se concluyó que los hechos negativos pueden y deben probarse, dado que toda proposición negativa implica una proposición positiva o afirmativa que es su antítesis. Así, por ejemplo, si una parte sostiene que tal día no estaba en tal ciudad, puede probarlo demostrando que ese día estuvo en tal otra ciudad.

8.- Sistemas probatorios.

En las legislaciones, se conocen tres sistemas probatorios:

a) Sistema de la prueba legal: en él, el legislador determina taxativamente los medios de prueba, su valor probatorio y la oportunidad en que la prueba debe rendirse.

b) Sistema de la prueba libre: en él, son admisibles todos los medios de prueba que aporten las partes, y la eficacia de cada uno depende de la valoración que le de el juez, en conciencia y racionalmente.

c) Sistema mixto: que combina los dos anteriores.

En nuestro Derecho, rige el sistema de la prueba legal. Se puede recurrir sólo a los medios de prueba que establece la ley y a cada uno de estos medios la ley le asigna determinado valor probatorio.

Sin embargo, nuestro Derecho contempla atenuaciones importantes al principio indicado:

a) La apreciación comparativa de los medios de prueba queda entregada al criterio del tribunal, en ciertos casos. En efecto, conforme al artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, entre dos o más pruebas que sean contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad. Obsérvese que esta facultad no es absoluta, pues sólo puede ejercerla el juez, cuando no exista una disposición legal que establezca cuál de las dos o más pruebas ha de prevalecer.

b) El juez puede apreciar el valor probatorio de algunos medios (testigos, presunciones), según la convicción personal que le hayan producido. Dispone al efecto el inciso 2º del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil que *“Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”*. Por su parte, el artículo 384 número 2 del Código de Procedimiento Civil faculta a los jueces para dar por acreditado un hecho cuando dos o más testigos contestes en él y en sus circunstancias esenciales y que den razón de sus dichos lo afirmen y sus afirmaciones no hayan sido desvirtuadas por otra prueba en contrario.

c) Los artículos 159 y 207 del Código de Procedimiento Civil autorizan a los jueces para decretar medidas para mejor resolver y para admitir pruebas en segunda instancia.

9.- Enumeración de los medios de prueba.

Nuestro Derecho admite los siguientes medios de prueba:

- a) Los instrumentos públicos y privados.
- b) Los testigos.
- c) Las presunciones.
- d) la confesión judicial de parte.
- e) la inspección personal del juez.
- f) El informe de peritos.

Los cinco primeros están consagrados en el artículo 1698 del Código Civil, mientras que el último se establece en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 1698 alude también al juramento deferido, medio de prueba que fue derogado por la Ley número 7.760.

10.- Admisibilidad de los medios de prueba.

Las partes no tiene absoluta libertad para demostrar los hechos recurriendo a cualesquiera de los medios de prueba que establece la ley. En ciertos casos, la ley restringe la prueba, admitiendo sólo determinados medios. Así ocurre:

- Cuando la ley sólo admite los instrumentos públicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1701 del Código Civil;
- Cuando se excluye la prueba de testigos, conforme al artículo 1708 del Código Civil.

11.- Valor probatorio de los medios de prueba.

Se entiende por tal la fuerza relativa que cada medio de prueba tiene, como elemento de convicción, respecto de los demás. Así, la confesión judicial de parte y el instrumento público producen plena prueba, es decir, bastan por sí solos para establecer la verdad de un hecho. Los demás medios de prueba, por lo general, producen prueba semiplena, debiendo complementarse con otros medios probatorios.

12.- Apreciación de la prueba.

Los tribunales “*del fondo*” (los de primera instancia y las Cortes de Apelaciones), aprecian soberanamente la prueba, desde el momento en que fijan los hechos. Claro está que dicha apreciación deben hacerla en conformidad a las disposiciones legales correspondientes.

La Corte Suprema, por su parte, desde el momento en que no puede modificar los hechos ya establecidos en primera y segunda instancia, sólo puede, en lo que a la prueba se refiere, controlar el cumplimiento de las leyes reguladoras de la prueba. Se ha entendido que hay infracción de estas leyes cuando se admiten probanzas que la ley no permite, o al revés, se rechazan medios probatorios que la ley autoriza; o en fin, cuando se violan algunas de las leyes relativas al modo de pesar y valorar las pruebas en juicio.

13.- Clasificación de los medios de prueba.

a) Pruebas orales y escritas.

Pruebas orales son aquellas que consisten en declaraciones hechas ante el juez: por ejemplo, testigos, confesión judicial.

Pruebas escritas son aquellas que consisten en instrumentos que emanan de las partes o de terceros.

b) Pruebas preconstituidas y pruebas a posteriori o simples.

Pruebas preconstituidas son las que se crean de antemano, antes que haya litigio: escritura pública, por ejemplo.

Pruebas a posteriori o simples, son las que nacen durante el curso del juicio: por ejemplo, prueba testifical.

c) Prueba plena y prueba semiplena.

Prueba plena es la que basta por si sola para establecer la existencia de un hecho: escritura pública, confesión judicial de parte, por ejemplo.

Prueba semiplena es la que por si sola no basta para establecer la existencia de un hecho: por ejemplo, prueba testifical.

14.- Los instrumentos.

14.1) Concepto.

Según el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por instrumento, “*escritura, papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa*”. Es en general todo escrito o medio en que se consigna un hecho. La ley utiliza diversas expresiones, como “*documentos*” (artículo 309 del Código Civil), “*título*” (artículo 1901 del Código Civil), etc., todas las que debemos entender referidas a los instrumentos.

14.2) Clasificación.

a) Instrumentos públicos o auténticos e instrumentos privados.

Los instrumentos públicos son los autorizados con las solemnidades legales por el competente funcionario (artículo 1699, 1º del Código Civil).

Los instrumentos privados son todos los demás, es decir, los otorgados por cualquier persona y que no son autorizados por un funcionario público competente.

b) Instrumentos de prueba y por vía de solemnidad.

El instrumento de prueba es el que se exige por la ley sólo como medio de prueba del acto jurídico. Por ende, de faltar el instrumento, no se afecta la validez del acto jurídico, sino la prueba del mismo (artículo 1708 del Código Civil).

El instrumento por vía de solemnidad es aquél que la ley exige en atención a la naturaleza o especie del acto o contrato, de manera que si falta la solemnidad, el acto adolecerá de nulidad absoluta o incluso para algunos será inexistente (artículos 1682, 1701 y 1443).

14.3) Los instrumentos públicos.

a) Requisitos.

De la definición del artículo 1699 se desprenden tres requisitos que debe reunir un instrumento, para considerarse público o auténtico:

- Debe ser autorizado por un funcionario público, actuando en tal carácter.
- Que el funcionario sea competente en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar o territorio en que lo autoriza.
- Que el instrumento se otorgue con las formalidades que señala la ley.

b) Efectos de la falta de instrumento público en los actos en que es exigido como solemnidad: artículo 1701.

En tal hipótesis, el acto jurídico adolecerá de nulidad absoluta o para otros será incluso inexistente. Aún más, la ley establece que ni siquiera la confesión judicial tiene valor para acreditar la existencia de un acto o contrato cuya solemnidad es el instrumento público, si éste se omite (artículo 1713).

Pero en ciertas circunstancias, el instrumento público nulo puede convertirse en instrumento privado (artículo 1701, 2º). Para ello:

- Debe ser nulo por incompetencia del funcionario o por vicios en la forma (no por cualquier causa de nulidad, como vemos).
- Debe referirse a actos o contratos en que la ley no requiera como solemnidad el instrumento público.
- Debe estar firmado por las partes.

c) Valor probatorio de los instrumentos públicos.

El artículo 1700 del Código Civil distingue entre las partes y los terceros, por un lado, y en cuanto al otorgamiento del instrumento, a su fecha y a la verdad de las declaraciones que contiene, por otro lado. Analizaremos cada uno de estos aspectos.

c.1) Otorgamiento del instrumento público: dice el artículo 1700 que “*El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado...*”, lo que debe entenderse tanto entre las partes como respecto de terceros.

Este precepto debemos complementarlo con el artículo 17, que se refiere a la autenticidad del instrumento público, que comprende dos aspectos:

- el hecho de haber sido realmente otorgado el instrumento público por las personas que aparecen compareciendo en él;
- el hecho de haber sido realmente autorizado por la persona que actúa de ministro de fe (un notario público, por ejemplo), y de la manera que se expresa en el instrumento.

c.2) Fecha del instrumento público: Se desprende del artículo 1700 que el instrumento público hace plena fe en cuanto a su fecha.

c.3) Declaraciones contenidas en el instrumento público.

Distinguimos al efecto, entre las declaraciones del funcionario que autoriza el instrumento, y las declaraciones de las partes.

c.3.1) Declaraciones del funcionario: distinguimos dos situaciones:

- Producen plena fe sus declaraciones, en cuanto se refieren a hechos suyos propios, como por ejemplo, cuando el notario declara que dio lectura al testamento abierto; también respecto de aquellos hechos que no siendo suyos propios, percibió por sus sentidos, como por ejemplo, la declaración del notario afirmando que las partes firmaron en su presencia; o a hechos que no siendo suyos propios y que tampoco percibió por sus sentidos, los ha comprobado por medios que la propia ley le suministra, como por ejemplo, cuando comprueba la identidad de los contratantes mediante su cédula.
- No producen plena prueba las declaraciones que hace el funcionario confiando en los dichos de otras personas o que importan meras apreciaciones, como por ejemplo, cuando declara que el testador compareció ante él estando en su sano juicio, hecho que obviamente no puede refutar por carecer de conocimientos psiquiátricos, salvo que fuere evidente la enajenación mental del que pretende testar.

c.3.2) Declaraciones de las partes.

c.3.2.1) Valor probatorio entre las partes.

Distinguimos entre la formulación de las declaraciones y la verdad de estas declaraciones. En cuanto al hecho de haberse formulado las declaraciones, el instrumento hace plena fe. En cuanto a la verdad de las declaraciones, el instrumento público hace también plena prueba contra las partes que las hicieron. No obstante, las partes pueden probar, mediante otra plena prueba, que las declaraciones no fueron sinceras. Volveremos sobre este punto.

c.3.2.2) Valor probatorio respecto de terceros.

Las declaraciones hacen plena fe respecto de su otorgamiento y de su fecha.

En cuanto a las declaraciones, no cabe duda que el instrumento público hace plena fe en cuanto a que dichas declaraciones efectivamente se efectuaron.

En cuanto a la verdad de las declaraciones, pareciera desprenderse de una lectura superficial del artículo 1700 del Código Civil, que dichas

declaraciones no hacen plena fe respecto a terceros. En efecto, dice el Código Civil que en cuanto a la verdad de las declaraciones, *“En esta parte no hacen plena fe sino contra los otorgantes”*. No hay tal sin embargo. Al igual que entre las partes, las declaraciones se presumen verdaderas respecto a terceros, puesto que de otra manera jamás podría probarse ante aquellos la existencia del acto o contrato de que da cuenta un instrumento público. En todo caso, los terceros pueden impugnar la verdad de las declaraciones mediante otra plena prueba, destruyendo la presunción de sinceridad.

La conclusión anterior, que parece ser contraria al tenor del artículo 1700, se desprende de la regla general del onus probandi, en cuanto lo normal se presume y lo excepcional necesita acreditarse, y lo normal es que las declaraciones sean sinceras y no falaces. El equívoco del artículo 1700 se origina en haber confundido el precepto el efecto probatorio del instrumento y el efecto obligatorio del acto o contrato a que el instrumento se refiere. Lo que en realidad quiso establecer el legislador, como consecuencia del principio del efecto relativo del contrato, es que lo expresado en el instrumento no obliga ni alcanza a los terceros, pues para ellos se trata de *“res inter alios acta”*, un contrato que no los obliga a cumplir con ninguna prestación. Pero ello no quiere decir que el acto o contrato, como tal, no exista respecto de los terceros, y que las declaraciones en él contenidas no puedan hacerse valer frente a ellos. Por ello, la Corte Suprema ha dicho *“que es propio del instrumento público o auténtico, como su nombre lo indica, hacer fe contra todo el mundo y no sólo respecto de los declarantes, en cuanto a lo que en él han dicho los interesados; y tal presunción de verdad debe subsistir mientras no se pruebe lo contrario”*

c.3.2.3) Declaraciones dispositivas y enunciativas.

Las declaraciones de las partes no tienen la misma trascendencia para el Derecho. Distinguimos al efecto entre declaraciones dispositivas y enunciativas.

Son dispositivas las declaraciones que expresan el consentimiento y especifican el objeto sobre el que éste recae. Configuran el acto jurídico y se refieren a los elementos del mismo, tanto esenciales como de la naturaleza o accidentales (por ejemplo, las declaraciones del comprador y del vendedor en que dicen celebrar el contrato de compraventa sobre tal cosa, que el precio es tal suma, a pagar en tantos meses, etc.)

Son enunciativas aquellas declaraciones que no constituyen el objeto del acto jurídico, en que las partes relatan en forma simplemente enunciativa hechos o actos jurídicos anteriores (por ejemplo, el vendedor dice que el inmueble está gravado con una servidumbre a favor de otro predio).

Lo que hemos expuesto acerca del valor probatorio de la verdad de las declaraciones contenidas en un instrumento público, debe entenderse

en referencia solamente a las declaraciones dispositivas. Sólo éstas se presumen verdaderas y hacen plena fe entre las partes y respecto de terceros.

Por el contrario, no se presume la sinceridad de las declaraciones enunciativas, pues las partes no prestan a ellas la misma atención que a las dispositivas, que, dijimos, constituyen el objeto del acto jurídico contenido en el instrumento público. Por ende, las enunciativas sólo hacen plena fe en cuanto al hecho que se formularon, pero no a su sinceridad. No obstante, tienen cierto mérito probatorio: contra la parte que las emite, las declaraciones enunciativas tienen el mérito de una confesión extrajudicial, que sirve de base a una presunción judicial (por tanto, no estamos ante una plena prueba). A su vez, contra terceros, la declaración enunciativa no constituye sino un testimonio irregular, prestado fuera de juicio y carece por tanto de mérito probatorio, aunque podría aceptarse como antecedente de una presunción.

Pero hay ciertas declaraciones enunciativas que la ley asimila a las dispositivas, desde el momento que tienen relación directa con éstas: artículo 1706 del Código Civil. En otras palabras, las partes ponen tanta atención en estas declaraciones enunciativas como en las dispositivas (por ejemplo, la declaración hecha en una compraventa, de que el precio fue pagado anticipadamente).

Por la misma razón indicada para el artículo 1700, se concluye que estas declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas, hacen plena fe entre las partes y respecto de terceros.

c.4) Originales y copias.

El valor probatorio de los instrumentos públicos es el mismo, tratándose del original como de una copia autorizada legalmente por un funcionario competente (artículo 342 del Código de Procedimiento Civil). Son competentes para dar copias, conforme al artículo 455 del Código Orgánico de Tribunales:

- Los funcionarios que autorizaron el original; y
- Otros facultados por la ley, como los archiveros judiciales.

Si la copia no cumple con estos requisitos (por ejemplo, un notario distinto al que otorgó el instrumento original, certifica que es fiel a dicho original o a otra copia autorizada, que tuvo a la vista) la contraparte puede objetarla por inexacta dentro de tercero día. En tal evento, deben cotejarse los documentos. Por ello, las copias de los instrumentos públicos se acompañan con citación.

d) Instrumentos públicos otorgados en el extranjero.

Tienen valor en Chile, una vez que han sido legalizados, conforme a lo dispuesto en el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil. Se entenderá que lo están, cuando constan las siguientes circunstancias:

- su carácter público; y
- la verdad de las firmas de las personas que los han autorizados.

Atestiguarán ambas circunstancias los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas.

En Chile, se comprobarán las señaladas circunstancias por alguno de los medios siguientes:

- El atestado (instrumento oficial en que una autoridad hace constar como cierta alguna cosa) de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país del cual procede el instrumento, cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores (se otorga el instrumento, por ejemplo, ante el Cónsul de Chile en Lima, y luego el interesado solicita en el Ministerio citado, en Santiago, que se certifique la firma del cónsul, trámite que se realiza de inmediato).
- El atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones exteriores del país al que pertenezca dicho agente o por el embajador de dicho país en Chile, y además, en ambos casos, por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, en Santiago.
- 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.

Recordemos, en todo caso, que la forma de estos instrumentos se determina por la ley en que fueron otorgados. Además, de acuerdo al artículo 347 del Código de Procedimiento Civil, los instrumentos extendidos en lengua extranjera, deben ser traducidos.

e) Impugnación de los instrumentos públicos.

La impugnación de los instrumentos públicos es la refutación destinada a destruir su fe probatoria. La impugnación puede hacerse por vía de nulidad, por falta de autenticidad y por falsedad de las declaraciones de las partes. Las estudiaremos por separado:

e.1) Impugnación por vía de nulidad.

Son plenamente aplicables al instrumento público las disposiciones que rigen la nulidad de los actos jurídicos. La nulidad puede referirse a dos aspectos: al funcionario autorizante o al instrumento mismo. Los analizaremos por separado, para referirnos luego a la prueba de la nulidad.

e.1.1) Nulidad por causa del funcionario autorizante.

El funcionario puede no serlo en realidad, por ejemplo, por ser nulo su nombramiento. En tal caso, el instrumento también es nulo, a menos que se trate de un funcionario aparente, caso en que sus actuaciones se consideran válidas, por aplicación del principio del error común. Nuestra jurisprudencia lo ha aceptado, por ejemplo, respecto a seudos notarios premunidos de un título de abogado falso, pero que ante el común de la gente, parecía ostentar tal calidad.

También habrá nulidad por incompetencia del funcionario, en razón de la materia o del lugar. Los instrumentos que dicho funcionario autorice serán nulos absolutamente.

La misma sanción tienen los instrumentos autorizados por un funcionario que en determinado caso la ley le prohíbe actuar: por ejemplo, de conformidad al artículo 412 número 1 del Código Orgánico de Tribunales, está prohibido a los notarios autorizar escrituras en que aparezcan estipulaciones en su favor o de su cónyuge o determinados parientes (ascendientes, descendientes o hermanos).

e.1.2) Nulidad referida al instrumento mismo.

La omisión de cualquier formalidad que debe tener el instrumento público implica la nulidad absoluta del mismo (artículo 1682 del Código Civil). Por ejemplo: una escritura pública en que se ha omitido la firma de los otorgantes o la autorización del notario.

Sin embargo, no hay nulidad cuando la misma ley señala otra sanción diversa (artículo 10), o cuando expresamente establece que la omisión no produce nulidad, por ejemplo, artículo 1026, relativo al otorgamiento del testamento (en relación al artículo 1016).

e.2.3) Prueba de los hechos que motivan la nulidad.

Pueden probarse por cualquier medio de prueba, incluso el de testigos, pues las limitaciones establecidas a este medio en los artículos 1708 a 1711 se refieren a la prueba de actos y contratos, y en el caso que tratamos, lo que debe probarse son hechos materiales que conducen a establecer la nulidad del instrumento.

e.2. Impugnación por falta de autenticidad.

La falta de autenticidad dice relación con la falsificación del instrumento, hipótesis distinta a la nulidad. La ley comprendió bien esta diferencia, separando el título falsificado del nulo: artículo 704 números 1 y 3 y artículo 1876.

Un instrumento público puede ser impugnado por falso o falta de autenticidad, lo que acontecerá cuando el documento no fue otorgado o autorizado por las personas y de la manera que se indica en el

instrumento o por haberse alterado las declaraciones que éstas formularon en el mismo (artículo 17 del Código Civil).

En cuanto a la prueba de la falsificación o falta de autenticidad, distinguimos según se trate de materia penal o civil. En materia penal, la falsificación del instrumento público se prueba en conformidad a las disposiciones del Código Procesal Penal y del Código Penal. En este último, se contemplan los delitos de falsificación de instrumentos públicos y privados. En materia civil, la falta de autenticidad puede probarse por cualquier medio idóneo y especialmente por el cotejo de letras (artículos 350 a 355 del Código de Procedimiento Civil).

Pero en el caso de una escritura pública (y no cualquier instrumento público por tanto), la ley ha establecido una limitación cuando se trata de impugnar su autenticidad por medio de testigos, disponiendo al efecto el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil:

- Para invalidar con prueba testimonial una escritura pública, se requiere la concurrencia de cinco testigos;
- Dichos testigos deben reunir las condiciones expresadas en la regla 2ª del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, esto es, contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos.
- Los testigos deben acreditar que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento de la escritura, o el escribano, o alguno de los testigos instrumentales (hoy no se requieren en las escrituras públicas), ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes (el artículo 429 debió decir “sesenta días”, pues tal es el plazo para suscribir la escritura pública, contado desde su fecha de anotación en el repertorio del notario, según lo expresa el artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales).
- La prueba será apreciada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

Advierte la parte final del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil que las disposiciones del precepto referidas a la prueba de testigo, sólo se aplicarán cuando se trate de impugnar la autenticidad de la escritura, pero no las declaraciones consignadas en una escritura auténtica.

e.3) Impugnación por falsedad de las declaraciones de las partes.

No estamos en realidad ante una impugnación del instrumento público, porque este es válido y auténtico. Se pretende demostrar que el contenido de las declaraciones no corresponde a la voluntad real de los otorgantes, sea por error, dolo o simulación.

Al respecto, debemos distinguir nuevamente entre los distintos tipos de declaraciones:

e.3.1) Impugnación de las declaraciones meramente enunciativas.

Como estas declaraciones sólo representan una confesión extrajudicial y sirven exclusivamente de base para una presunción judicial, el propio declarante puede impugnarlas, demostrando que los hechos a que se refieren son falsos.

Las demás personas no están obligadas a impugnarlas, pues las declaraciones enunciativas no hacen fe contra ellas. Por ello, si el declarante pretende hacerlas valer contra otras personas, a él le corresponde acreditar su veracidad.

e.3.2) Impugnación de las declaraciones dispositivas.

Las declaraciones dispositivas de las partes se presumen verdaderas por aplicación de los principios del onus probandi. Pero los terceros pueden destruir esta presunción de sinceridad por cualquier medio, siempre que constituya plena prueba, y no rigen para ellos las limitaciones de la prueba testimonial, porque se encuentran en el caso de haber estado en la imposibilidad de obtener una prueba escrita sobre la simulación (artículo 1711, inciso final, del Código Civil).

Cabe destacar que los terceros de buena fe, que ignoran la simulación, pueden hacer valer contra las partes la voluntad declarada, la simulada. Las partes no pueden escudarse en el acto oculto o disimulado que expresa la voluntad real: el artículo 1707 niega valor a las contraescrituras contra terceros.

A su vez, ¿pueden las partes impugnar las declaraciones que ellas mismas hicieron en el instrumento público? ¿puede por ejemplo el comodatario, que declaró en escritura pública haber recibido en préstamo una cosa, probar después, cuando se le exige la restitución, que en verdad no la ha recibido?

Algunos autores y ciertas sentencias responden negativamente, fundándose en el tenor del inciso 1º del artículo 1700 del Código Civil: el instrumento público hace plena fe contra los declarantes en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho. Para ello, han relacionado también el artículo 1700 con el artículo 1876 inciso 2º, que impide a los contratantes alegar, respecto a terceros, que la declaración de haberse pagado el precio de la compraventa, no se ajusta a la verdad. Otros autores, Somarriva entre ellos, piensan lo contrario, porque si bien el instrumento público produce plena prueba, nada impide que se rinda otra plena prueba en contrario, confesión de parte, por ejemplo, correspondiendo al juez, en definitiva, apreciar soberanamente la prueba rendida. Y conforma lo anterior, agrega Somarriva, el propio inciso 2º del artículo 1876, puesto que se trata de una regla excepcional y no del principio general: en efecto, si el legislador dijo que en el caso del artículo 1876 las partes no podían probar contra la declaración hecha en la escritura de haberse pagado el precio, es porque por regla general las

partes sí pueden probar en contra de lo declarado en un instrumento público. Además, si el artículo 1876 fuese la regla general, no tiene sentido haberlo incluido expresamente en el contrato de compraventa.

En todo caso, por testigos no podría probarse en contra de lo declarado en el instrumento público, conforme a lo dispuesto en el artículo 1709, inciso 2º, salvo los casos de excepción del artículo 1711, ambos del Código Civil.

e.3.3) Impugnación de las declaraciones enunciativas directamente relacionadas con las dispositivas.

Se siguen las mismas reglas recién expuestas, para las declaraciones dispositivas.

f) Las escrituras públicas.

f.1) Concepto.

El instrumento público otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública: artículo 1699 del Código Civil¹.

A su vez, el artículo 403 del Código Orgánico de Tribunales la define como el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija el citado Código, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público.

El instrumento público es por tanto el género y la escritura pública una especie de instrumento público.

f.2) Requisitos.

f.2.1) Debe ser otorgada por un notario.

Los notarios son ministros de fe pública. El artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales los define como aquellos *“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”*

El artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales señala sus funciones, y en primer lugar, extender los instrumentos públicos de

¹ Según refiere Francisco Antonio Encina, la primera escritura firmada en Chile, se otorgó ante el escribano Luis de Cartagena, el 12 de agosto de 1540, mientras la expedición de conquista avanzaba al centro de Chile. Por ella, Pero Sancho de la Hoz y Pedro de Valdivia disolvieron la compañía que habían formado en el Cuzco para conquistar el territorio que después integraría nuestra nación. A decir verdad, tal escritura debe haber adolecido del vicio de la fuerza, pues Sancho de la Hoz debió firmarla bajo de amenaza de perder su vida, después que se desbarató su intento de asesinar a Valdivia.

acuerdo a las instrucciones que de palabra o por escrito, le dieran las partes otorgantes.

Excepcionalmente, otros funcionarios públicos pueden autorizar determinadas escrituras públicas, como los Oficiales del Registro Civil en las comunas que no sean asiento de un notario.

f.2.2) Que el notario sea competente.

El notario debe ser competente en cuanto a la materia y en cuanto al territorio.

f.2.3) Que en su otorgamiento se cumplan determinadas formalidades.

Dichas solemnidades están establecidas en los artículos 404 a 413 del Código Orgánico de Tribunales:

- las escrituras deben escribirse en idioma castellano (aunque pueden emplearse también palabras de otro idioma que sean generalmente usadas o como término de una determinada ciencia o arte);
- las escrituras deben escribirse con estilo claro y preciso;
- en ellas no pueden emplearse abreviaturas, cifras ni otros signos que los caracteres de uso corriente;
- no pueden contener espacios en blanco.
- debe dejarse constancia de la identidad de los otorgantes con su cédula, salvo los recién llegados al país que pueden exhibir su pasaporte;
- la escritura debe empezar expresando el lugar y fecha de su otorgamiento, el nombre del notario que la autoriza y el de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión y domicilio (todo ello, precedido de la frase “Ante mí”, característica de la escritura pública).

f.2.4) Que se encuentre incorporada en el protocolo o registro público del notario.

El protocolo, según el diccionario de la Lengua Española, es el libro en que el escribano pone y guarda por su orden los registros de las escrituras y otros instrumentos que han pasado ante él, para que en todo tiempo se hallen.

Los protocolos deben empastarse cada dos meses, y después de un año, se envían al Archivo Judicial (las escrituras muy antiguas, se guardan en el Archivo Nacional). Las escrituras van incorporándose en el protocolo del notario según su número de repertorio.

No deben confundirse las escrituras públicas con los documentos protocolizados, pues no sólo las primeras pueden incorporarse al protocolo. Protocolización es el hecho de agregar un documento al final del

registro de un notario, a pedido de la parte interesada. Tal solicitud cabe respecto de cualquier instrumento, público o privado. El documento protocolizado no es entonces una escritura pública, pues no se extiende en el registro o protocolo del notario, sino que se agrega al final del mismo.

14.4. Los instrumentos privados.

a) Concepto.

En su acepción amplia, instrumentos privados son los otorgados por los particulares sin la intervención de un funcionario público en su calidad de tal. Ningún sello de garantía llevan en sí.

Los autores exigen que el instrumento privado esté firmado por los otorgantes, porque la firma es el signo que demuestra que se aprueba y hace propio lo escrito. Sin la firma, se sostiene, el documento no pasa de ser un borrador o un proyecto. Esta parece ser también la idea general de nuestra legislación, según se desprende de los artículos 1701, 2º; 1702 y 1703 del Código Civil. Sin embargo, hay ciertos instrumentos en que no se exige que estén firmados, sino sólo que se acredite la existencia de un escrito. En este sentido, el artículo 1704, aludiendo a los “*asientos, registros y papeles domésticos*”, expresa que “*hacen fe contra el que los ha escrito o firmado*”; por su parte, el artículo 1023, 2º, dispone, en relación al testamento cerrado, que “deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador”, lo que ha llevado a sostener por algunos que podría faltar la firma.

b) Valor probatorio de los instrumentos privados.

En principio, el instrumento privado carece de valor probatorio con respecto a todos. Sin embargo, conforme al artículo 1702 del Código Civil, adquiere valor probatorio:

- cuando ha sido reconocido; y
- cuando se ha mandado tener por reconocido.

Cabe señalar que del tenor del artículo 1702, pareciera que el instrumento privado carece respecto de terceros de todo mérito probatorio, pero no hay tal: establecida su autenticidad, su valor probatorio es el mismo entre las partes que con respecto a terceros, por las mismas razones apuntadas para el artículo 1700 en lo que se refiere a los instrumentos públicos (regla general del onus probandi). Otros autores, sin embargo (Ducci), sostienen que el instrumento privado no tendrá jamás valor probatorio respecto de terceros, excepto en lo que respecta a la fecha, en los casos del artículo 1703.

c) Reconocimiento del instrumento privado.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito.

c.1) Reconocimiento expreso: puede ser de dos clases, judicial o extrajudicial.

- Reconocimiento expreso judicial: puede ser a su vez voluntario o involuntario.
 - + Voluntario: artículo 346 número 1 del Código de Procedimiento Civil (*“Cuando así lo ha declarado en juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer”*);
 - + Involuntario: artículo 346 número 4 del Código de Procedimiento Civil (*“Cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial”*).
- Reconocimiento expreso extrajudicial: artículo 346 número 2 del Código de Procedimiento Civil (*“Cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en otro juicio diverso”*).

c.2) Reconocimiento tácito: artículo 346 número 3 del Código de Procedimiento Civil (*“Cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo”*).

d) Efectos del reconocimiento del instrumento privado.

Una vez reconocido o mandado tener por reconocido el instrumento privado, tiene el valor de escritura pública para las partes (Ducci) o erga omnes (Claro Solar, Vodanovic), y hace plena fe:

d.1) En cuanto al hecho de haberse otorgado;

d.2) En cuanto a su fecha: ésta será, entre las partes, la del otorgamiento del instrumento, no la fecha de su reconocimiento;

d.3) En cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se consignan.

Sin embargo, respecto de terceros, la fecha de un instrumento privado no se cuenta (artículo 1703) sino:

- desde el fallecimiento de alguno de los que han firmado;
- desde el día en que ha sido copiado en un registro público;
- desde que conste haberse presentado en juicio;
- desde que se haya tomado razón de él;
- desde el momento en que ha sido inventariado por funcionario competente, en el carácter de tal;
- desde el momento de su protocolización (artículo 419 del Código Orgánico de Tribunales).

Se justifica esta restricción, que protege a los terceros, por el peligro de antedatar o postdatar el instrumento, con el objeto de defraudar o

perjudicar a los terceros. En cualquiera de las situaciones descritas, ya no será posible alterar la fecha del instrumento.

e) Especies de instrumentos privados otorgados por una sola parte.

Los artículos 1704 y 1705 se refieren a este tipo de instrumentos privados, denominándolos asientos, registros y papeles domésticos y las notas escritas o firmadas por el acreedor. Se trata de escritos, firmados o no, que una persona redacta con el objeto de dejar constancia de un hecho jurídico que ha realizado o de cualquier hecho doméstico. Interviene en estos documentos una sola persona que lo firma o escribe.

e.1) Asientos, registros y papeles domésticos.

Adquieren valor probatorio, una vez reconocidos o mandados tener por reconocidos. Del artículo 1704 se despenden las siguientes reglas:

- no hacen prueba en favor del que los escribió o firmó, sino por el contrario, hacen fe en su contra;
- esta prueba en contra sólo se produce con respecto a aquello que aparezca con toda claridad;
- el mérito probatorio es indivisible: el que quiera aprovecharse de este tipo de documentos, no puede rechazarlos en la parte que le fuere desfavorable.

e.2) Notas escritas o firmadas por el acreedor

Pueden haberse hecho en instrumento que siempre ha estado en poder del acreedor o en el duplicado que tiene el deudor. En ambos casos, las notas, para tener valor, deben estar escritas o firmadas por el acreedor (artículo 1705). Caben aquí las mismas reglas indicadas para los asientos:

- la nota debe haber sido hecha por el acreedor o firmada por éste, “*a continuación, al margen o al dorso de una escritura*” que siempre ha estado en su poder, o del duplicado de la escritura que está en poder del deudor; la prueba opera contra el acreedor;
- su mérito probatorio es indivisible: si el deudor pretende aprovecharse de aquello que lo favorezca en la nota, deberá aceptar también lo que le perjudique (por ejemplo, el acreedor puede haber anotado al margen del instrumento, que el deudor le hizo un abono de \$ 1.000.000.-, pero dejando constancia que aún se le adeudan \$ 2.000.000.-)

14.5. Las contraescrituras.

a) Concepto.

La palabra “contraescritura” tiene dos acepciones:

a.1) En un sentido amplio, significa todo instrumento, público o privado, otorgado por las partes para alterar, modificar o derogar en todo o parte lo expresado por ellas mismas en otro instrumento, o sea, todo escrito redactado contra otro escrito, todo acto que modifica a otro celebrado entre las mismas partes.

a.2) En un sentido restringido, contraescritura es todo escrito por el que las partes reconocen con fines probatorios la simulación total o parcial de un acto o una simulación subjetiva, es decir, una interposición de personas.

b) Sentido en que está tomada la palabra “contraescritura” en nuestro Código Civil.

Trata el Código Civil de las contraescrituras en el artículo 1707. Las opiniones están divididas en la doctrina, acerca del sentido en que está tomada la palabra por la ley. Algunos afirman que el término debe tomarse en su sentido restringido. En consecuencia, si no hay simulación, si una escritura simplemente modifica o altera lo que sinceramente se estipuló en otra (por ejemplo, las partes aclaran que el precio de la compraventa asciende a \$ 15.600.000.-, y no a \$ 15.060.000.-, como se indicó en la primera escritura), no cabe hablar de contraescritura, sino que de dos actos independientes, que se destruyen uno a otro en todo o parte. Y esas escrituras valen entre las partes y con respecto a terceros conformes a las reglas generales; no les son aplicables las restricciones del artículo 1707, que sólo rigen a las contraescrituras en sentido restringido, a las que prueban la simulación (Claro Solar, Santa Cruz, Diez).

Arturo Alessandri Rodríguez piensa que la legislación chilena considera la palabra “contraescritura” en su acepción amplia, pues el artículo 1707 no ha restringido su alcance y habla de toda escritura privada y contraescritura pública destinada a alterar lo pactado en otra. Luego, quedan incluidas en el concepto de contraescrituras toda escritura o instrumento en que las partes modifiquen o alteren en todo o parte, en sus elementos esenciales o accidentales, los contratos celebrados, sea para dejarlos totalmente sin efecto, sea simplemente para introducir modificaciones sustanciales o de detalle.

La jurisprudencia tampoco ha sido uniforme. La Corte de Talca ha adherido a la opinión de Alessandri. En cambio, la Corte Suprema ha dicho que es condición esencial para que un escrito constituya contraescritura el que tenga por objeto hacer constar la simulación total o parcial de un acto anterior.

c) Clases de contraescrituras.

Se desprende del artículo 1707 que las contraescrituras pueden ser instrumentos públicos o privados. Una escritura pública puede ser

modificada por otra del mismo género o por un instrumento privado (aunque en este último caso, distintas son las consecuencias frente a terceros). A su vez, la escritura privada puede alterarse por otra privada o por una escritura pública.

d) Valor probatorio de las contraescrituras, consideradas como instrumentos.

No presenta nada especial. Tienen el valor probatorio que resulta de su calidad de instrumento público o privado. Si son instrumentos públicos, hacen fe como tales; si son privados, tienen valor después de su reconocimiento conforme a la ley.

e) Efectos de las contraescrituras.

Distinguimos según se trate de sus efectos entre las partes y respecto de terceros.

e.1) Efectos de las contraescrituras entre las partes.

Producen todos sus efectos entre las partes, conforme al principio general del artículo 1545 del Código Civil, que consagra la ley del contrato.

El valor probatorio de la escritura y de la contraescritura, es el mismo, entre las partes, pero prevalece la contraescritura, atendido lo dispuesto en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil: entre dos o más pruebas que sean contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad. Se entiende que está “*más conforme con la verdad*” la contraescritura, dado que si las partes alteran con ella la primera escritura, es por considerar que ésta no guarda congruencia con la realidad.

Nuestra jurisprudencia ha recalcado que la regla de no poder alterar por escrituras privadas lo pactado por escritura pública sólo rige en favor de los terceros. Nada impide a que puedan surtir efecto contra los mismos contratantes, siempre y cuando la alteración no sea de tal naturaleza, que deba exigir escritura pública de acuerdo a la ley.

e.2) Efectos de las contraescrituras respecto de terceros.

Las contraescrituras privadas y las públicas de las cuales no se ha tomado la razón de que habla la ley, no producen efectos contra terceros: artículo 1707.

La doctrina consigna que en esta disposición, el concepto terceros no alude a los terceros absolutos, puesto que respecto a ellos la disposición es innecesaria, dado que se encuentran protegidos por el principio del efecto relativo de los contratos. Para dichos terceros, la propia escritura

ostensible les es inoponible (en el sentido que de ella no emana ninguna obligación que ellos deban cumplir). Por el contrario, se concluye que la norma alude a los terceros relativos, vale decir, todos aquellos que aún cuando no han participado en el otorgamiento de la contraescritura e ignoran dicho otorgamiento, tienen interés en invocar las estipulaciones del acto ostensible (por ejemplo, aquél tercero que contrata con el mandatario, cuyo mandato había sido previamente revocado).

Para que las contraescrituras produzcan efectos respecto de terceros, deben cumplirse dos requisitos copulativos:

- Tomar razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas estipulaciones se alteran con la escritura: si se trata de una escritura pública, debe pedirse al notario respectivo o al Archivero Judicial, según corresponda, que practique la nota marginal;
- Tomar razón del contenido de la contraescritura al margen del traslado (o sea, de la copia), en cuya virtud ha actuado el tercero (hoy, este requisito se cumple automáticamente, cada vez que el notario o el Archivero Judicial, según corresponda, otorguen copia autorizada de la matriz, con la debida nota marginal).

Consignemos finalmente, en esta materia, que los terceros pueden aprovecharse de las contraescrituras. En efecto, considerando que el artículo 1707 establece que las contraescrituras no producen efectos contra terceros, a contrario sensu, pueden tener efecto en favor de los terceros, vale decir, pueden invocar las estipulaciones de la contraescritura que los benefician.

15.- Los testigos.

15.1. Concepto.

Son testigos, aquellos que sin ser partes en el proceso, declaran sobre hechos de que tienen conocimiento. Son terceros ajenos al acto o hecho jurídico debatido, que pueden afirmar la existencia de un hecho jurídico, porque estuvieron presentes en el acto de su realización –testigos presenciales–, o porque tuvieron conocimiento del mismo –testigos de oídas.

15.2. Actos que no pueden probarse por testigos.

La prueba de testigos no se admite respecto de los actos que deben constar por escrito (artículos 1708 y 1709), ni en cuanto el testimonio adicione o altere lo expresado en un acto o contrato (artículo 1709). Estudiaremos ambos casos por separado.

15.2.1 Actos que deben consignarse por escrito.

Deben constar por escrito:

a) Las obligaciones que emanan de actos y contratos solemnes, cuya solemnidad consista precisamente en el otorgamiento de un instrumento público o privado. Así, por ejemplo, artículos 1554, respecto del contrato de promesa, y 1801, inciso 2º, respecto de la compraventa. Cabe consignar que la falta de estos instrumentos no sólo impide que se pueda probar el acto o contrato respectivo por testigos, sino que por cualquier otro medio de prueba, y aún más, produce la nulidad absoluta o la inexistencia del acto jurídico, según concluyen otros (artículos 1682 y 1701).

b) Los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias (artículo 1709). Estos actos o contratos pueden probarse por cualquier otro medio. Cabe notar que la ley habla de “*actos o contratos*”, es decir, se refiere a obligaciones que emanan de un acto jurídico y no de otro hecho jurídico que no tenga dicho carácter. Por tanto, tratándose de delitos y cuasidelitos –hechos jurídicos pero no actos jurídicos–, cabe la prueba de testigos, aunque se reclame una suma superior a dos unidades tributarias (aunque nada dice la ley, se ha entendido que se refiere a unidades tributarias mensuales).

El hecho mismo de la entrega también puede probarse por testigos, pues la ley se refiere a los actos o contratos que contienen la entrega, pero no a la entrega misma.

En cuanto al tipo de obligación a que se refiere el artículo 1709 –de dar, hacer o no hacer–, hay controversia en la doctrina.

Según Alessandri, el artículo se refiere a toda clase de obligaciones, pues su texto habla de la entrega o promesa de una cosa, y no de la entrega o promesa de entrega de una cosa.

Otros –como Carlos Ducci–, creen que el artículo se refiere únicamente a las obligaciones de dar.

El valor de la cosa o del hecho prometido debe determinarse en relación al momento en que se otorga o celebra el acto o contrato.

No se incluyen en la suma del valor de las cosas o de los hechos prometidos, los frutos, intereses (en realidad, los intereses son frutos también, civiles: artículo 647), u otros accesorios de la especie o cantidad debida (artículo 1709, inciso final).

La ley, con el objeto de impedir que se burlara la limitación probatoria, reguló dos situaciones:

- Al que demanda una cosa o hecho de un valor superior al indicado, no se le admitirá rendir prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda (artículo 1710, inciso 1º).
- Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de dos unidades tributarias mensuales, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue (artículo 1710, inciso 2º).

Cabe consignar que la limitación relativa a la prueba de testigos consagrada en el artículo 1709 del Código Civil, no se recoge en el ámbito mercantil. En efecto, el artículo 128 del Código de Comercio dispone que *“La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública”*.

15.2.2 Adición o alteración de lo expresado en un acto o contrato.

Establece el artículo 1709, inciso 2º, que *“No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato”*. Así, por ejemplo, si en un contrato de mutuo pactado con una tasa de interés del 5%, el mutuuario pretende probar después que la tasa pactada era inferior, no podrá hacerlo mediante testigos.

15.3 Excepciones a los principios que rechazan la prueba de testigos.

Están establecidas en el artículo 1711, precepto que contempla los siguientes casos, en los que será posible recurrir a la prueba testifical, no obstante tratarse de un acto jurídico que contiene una obligación superior a las dos unidades tributarias mensuales:

a) Cuando hay un principio de prueba por escrito.

Debe tratarse de *“un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso”*. Tres son entonces los requisitos, en este primer caso:

- existencia de un documento, público o privado, y en este último caso, firmado o no, y reconocido o mandado tener por reconocido;
- el documento debe emanar de aquél contra el cual se invoca; y
- que el escrito haga verosímil el hecho litigioso, y lo hace, cuando entre él y la obligación que se trata de probar hay manifiesta ilación y coherencia.

b) Cuando haya sido imposible obtener una prueba escrita.

La imposibilidad puede ser física o moral. Hay imposibilidad física, cuando las circunstancias materiales no permiten otorgar un instrumento. Por ejemplo, en el depósito necesario (artículos 2236 y 2237). Hay imposibilidad moral, cuando razones de afecto, delicadeza, etiqueta o costumbre, no hacen procedente exigir la extensión de un documento (por ejemplo, el hijo menor, respecto de su padre).

c) Cuando la ley expresamente la admite.

Por ejemplo, el contrato de comodato puede probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada (artículo 2175); lo mismo ocurre en el depósito necesario (artículo 2237).

15.4 Valor probatorio de la prueba de testigos.

Se regula la materia en los artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil, que distinguen entre testigos de oídas y testigos presenciales:

a) Testigos de oídas: son aquellos “*que relatan hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas*”. Su testimonio sólo podrá estimarse como base de una presunción judicial.

En todo caso, el tribunal considerará especialmente el testimonio de oídas, “*cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de este modo se explica o esclarece el hecho de que se trata*” (artículo 383).

b) Testigos presenciales: establece el artículo 384 que se apreciará por el juez la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, conforme a las siguientes reglas:

- Lo que declara un testigo imparcial y verídico, constituye una presunción judicial. El mérito probatorio de la presunción debe apreciarse conforme al artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, al que aludiremos más adelante.
- Lo que declaran dos o más testigos, podrá constituir plena prueba, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:
 - 1° Que los testigos estén contestes (de acuerdo) en el hecho y en sus circunstancias esenciales;
 - 2° Que los testigos no hayan sido tachados;
 - 3° Que los testigos hayan sido legalmente examinados;
 - 4° Que los testigos “den razón de sus dichos”, o sea, fundamenten sus declaraciones.

16.- Las presunciones.

16.1. Concepto.

La presunción es el resultado de una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto.

16.2 Clasificación.

Se desprende de los artículos 47 y 1712, que las presunciones pueden ser de dos clases: legales o judiciales. Las legales –aquellas

establecidas por la ley-, a su vez se subclasifican en legales propiamente tales y de derecho; las judiciales son aquellas que establece el juez.

16.3 Presunciones judiciales.

a) Requisitos.

Se desprende del artículo 1712, que las presunciones judiciales deben reunir tres requisitos:

- deben ser graves: que el hecho desconocido surja casi como una consecuencia necesaria u obligada del hecho conocido en que se apoya la presunción;
- precisas: la presunción no debe ser vaga ni capaz de aplicarse a muchas circunstancias;
- concordantes: las presunciones no deben destruirse unas a otras, no debe existir contradicción entre ellas.

Del tenor del artículo 1712, pareciera desprenderse que las presunciones deben ser dos más, pues el artículo siempre discurre acerca de “*las presunciones*”. 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.

b) Admisibilidad.

Por su naturaleza, este medio probatorio carece de restricciones. Sólo es inadmisibles para probar los actos y contratos solemnes, los que se prueban por su respectiva solemnidad (artículos 1682 y 1701).

c) Valor probatorio.

Constituyen plena prueba. Como se desprende del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, los jueces del fondo son soberanos para establecer las presunciones, pero en sus sentencias deben puntualizar o precisar la operación lógica que los llevó al respectivo convencimiento.

16.4 Presunciones legales.

Se clasifican en propiamente tales o de derecho, según admitan o no prueba en contrario. Las presunciones legales, de cualquier tipo, son de derecho estricto, y por ende su interpretación ha de ser restrictiva.

Como ejemplos de presunciones legales propiamente tales, cabe mencionar los artículos 184 (presunción de paternidad); 700, inciso 2º (presunción de que el poseedor es también dueño); 702, último inciso (referido a los bienes muebles, establece que “*La posesión de una cosa a*

ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición”; así, por ejemplo, si se había celebrado entre dos personas un contrato de compraventa, y el comprador tiene en la actualidad la cosa objeto del contrato en su poder, la ley presume que el vendedor se la entregó y que dicha entrega materializó la tradición; como lo anticipamos, la norma está referida a los bienes muebles, pues agrega enseguida “*a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título*”); 707, acerca de la presunción general de buena fe; 1654 (presunción de remisión o condonación); 1570 (en los pagos periódicos, la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos); 1595, inciso 2° (si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados).

Como ejemplos de presunciones de derecho, cabe mencionar los artículos 76, inciso 2° (relativa a la época de la concepción); 706 (mala fe del poseedor que invoca un error de derecho); 1491 (mala fe del tercero que posee un inmueble, cuando la condición resolutoria constaba en el título de su antecesor en la posesión); 2510, regla 3ª (se presume de mala fe quien detenta una cosa por un título de mera tenencia, y alega haber adquirido el dominio por prescripción).

17.- La confesión de parte.

17.1 Concepto.

El Código Civil italiano la define como “La declaración que hace una parte de la verdad de los hechos que le son desfavorables y son favorables a la otra parte”.

Es el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho que produce consecuencias jurídicas en su contra.

17.2 Características.

a) Es una declaración de voluntad, unilateral (no hay de por medio “consentimiento”, no es necesario que la parte a quien favorece la acepte o invoque en su favor, para que el tribunal la considere).

b) Produce consecuencias jurídicas en contra del confesante: quien confiesa, no lo hace para mejorar su propia situación, sino para beneficiar al otro litigante.

c) Es indivisible: establece el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil que por regla general, la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante. Esto significa que la contraparte no puede aprovecharse de aquello que le favorezca (por ejemplo, el confesante reconoce que se le hizo un abono a su crédito, por \$ 1.000.000.-) y desechar aquello que le perjudique (por ejemplo, que aún resta un saldo impago de \$ 2.000.000.-)

Con todo, el mismo artículo establece dos hipótesis que permiten dividir el mérito de la confesión:

- cuando la confesión comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí; y
- cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros, la contraparte prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado (el confesante reconoció el abono, y la contraparte prueba que el supuesto saldo también se extinguió).

d) Es irrevocable: salvo si la confesión fue el resultado de un error de hecho (artículo 1713 del Código Civil y 402 del Código de Procedimiento Civil).

17.3 Clasificación.

La confesión puede ser judicial o extrajudicial.

a) Confesión extrajudicial.

Puede ser expresa o tácita. Será expresa, aquella confesión hecha en términos explícitos, formales. Puede ser verbal o escrita. Es tácita, aquella confesión que se desprende de los dichos o actitudes del confesante.

El artículo 398 del Código de Procedimiento Civil regula la materia, y dispone las siguientes reglas:

- La confesión extrajudicial es sólo base de presunción judicial;
- La confesión extrajudicial no se tomará en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos;
- Si la confesión extrajudicial se prestó a presencia de la parte que la invoca (o sea, de aquella parte a quien favorece) o ante juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave;
- Si la confesión extrajudicial se prestó en otro juicio diverso, también se estimará siempre como presunción grave;
- Si la confesión extrajudicial se prestó en otro juicio diverso, pero seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así.

b) Confesión judicial.

Es aquella que se presta en juicio.

b.1) Clases.

- Atendiendo a su forma, puede ser espontánea o provocada. La espontánea puede ser verbal o escrita. La provocada puede ser expresa o tácita. La confesión provocada se denomina también absolución de posiciones (son las preguntas que se formulan para ser contestadas bajo juramento por la contraparte. Si la persona citada a absolver las posiciones, no compareciere a dos citaciones, se le tendrá por confeso de aquellas preguntas redactadas en términos asertivos, es decir, afirmativos, como por ejemplo “Para que diga el absolvente como es efectivo que recibí del demandante, en mutuo, \$ 1.000.000.-, el 20 de septiembre de 2002).
- Atendiendo a su naturaleza, puede ser pura y simple; calificada y compleja.
 - + Confesión pura y simple: aquella en la que el confesante reconoce lisa y llanamente el hecho, en toda su integridad y en la misma forma que lo invoca la contraparte (“sí, efectivamente debo \$ 1.000.000.- al demandante”);
 - + Confesión calificada: el confesante reconoce el hecho invocado por la parte contraria, pero agregando otros hechos coetáneos con el hecho objeto de la confesión (“recibí \$ 1.000.000.-, pero no a título de mutuo, sino de donación”);
 - + Confesión compleja: el confesante reconoce lo alegado por la contraparte, pero agrega que por otro hecho posterior, los efectos del hecho confesado se extinguieron (“recibí \$ 1.000.000.- en mutuo, pero los pagué”).

b.2) Valor probatorio de la confesión judicial.

Cualquiera que sea la forma de la confesión, produce plena prueba respecto del confesante, tanto en los hechos personales de éste, como en los que no lo son (el artículo 1713 del Código Civil sólo se refiere a los hechos personales, pero el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil agrega también los hechos no personales). Contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes, -previene el artículo 402 del Código de Procedimiento Civil- no se recibirá prueba alguna, a menos que el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia. Lo mismo se admite, cuando se trata de hechos que sean personales del confesante.

b.3) Casos en que no es admisible la confesión judicial.

- Tratándose de los contratos solemnes (artículo 1701);
- En los juicios de divorcio o de nulidad de matrimonio;

- En los casos expresamente exceptuados por la ley: por ejemplo, artículo 157 del Código Civil; artículo 1739 inciso 2º, en relación el artículo 2485 del Código Civil.

18.- La inspección personal del tribunal.

18.1 Normas que la regulan.

El artículo 1714 del Código Civil dispone que sobre la inspección personal del juez, se estará al Código de Enjuiciamiento. O sea, al Código de Procedimiento Civil, que se ocupa de este medio probatorio en los artículos 403 al 408.

18.2 Concepto.

Consiste en la visita que el juez de la causa realiza a la cosa que se litiga o al lugar donde ocurrieron u ocurren los hechos, a fin de cerciorarse personalmente del estado de las cosas o de la efectividad de los hechos que se alegan.

Ello tiene lugar en los casos en que la ley lo ordena, como sucede con las querellas posesorias, y además en los casos en que el tribunal lo decreta, si lo estima necesario.

18.3 Valor probatorio.

Conforme al artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, 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.

19.- Informe de peritos.

19.1 Normas que la regulan.

El Código Civil no alude a este medio de prueba, lo que se explica, porque en la época en que entró en vigencia, los juicios en los cuales se requería tener conocimientos técnicos, eran resueltos por peritos, razón por la cual se denominaban “Juicios Prácticos”, sustrayéndose al conocimiento de los tribunales ordinarios. Esta situación se modificó en 1875, al entregarse el conocimiento de todos los asuntos judiciales a los tribunales ordinarios de justicia.

19.2 Concepto de perito.

Es una persona con conocimientos técnicos especiales, acerca de los hechos que se discuten, designado por el juez o las partes para que informe al tribunal sobre tales hechos. Su informe se llama peritaje.

19.3 Procedencia.

El informe de peritos es obligatorio en ciertos casos y facultativo en otros:

- Es obligatorio: en los casos en que la ley ordena informes de peritos. En tal sentido, el artículo 409 del Código de Procedimiento Civil establece que *“Se oirá informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales”*.
- Es facultativo: en los casos a que se refiere al artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, vale decir:
 - 1° Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y
 - 2° Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

19.4 Valor probatorio.

Dispone el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil que *“Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”*.

Se entiende por reglas de la sana crítica, aquellas que conducen al conocimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón. Es el criterio racional puesto en ejercicio. Ello implica que los tribunales no están obligados a aceptar los informes de peritos.
